جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً

إعداد الطالب

عبدالله محمد البطوش

إشراف

الأستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة
الماجستير في الحقوق قسم القانون العام

جامعة مؤتة، 2006

بسم الله الرحمن الرحيم

MUTAH UNIVERSITY
Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالب عبد الله محمد البطوش الموسومة بـــ:

نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون.

القسم: القانون العام.

	التوقيع	التاريخ	
د. مصلح ممدوح الصرايره		2006/5/11	مشرفاً ورئيسا
د. سالم محمد الشوابكه		2006/5/11	عضواً
د. محمد علي قطيفان الخلايلة		2006/5/11	عضواً
د. حمدي سليمان القبيلات		2006/5/11	عضواً

عميد الدراسات العليا

أ.د. أحمد القطامين

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي :61710
تلفون :03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الالكتروني
الصفحة الالكترونية

الإهداء

أهــدي هذا العمل المتواضع إلى روح من غرس في نفسي الطموح، وعلمني أن لا سـمو إلا بـالعلم والإيمـان والأخلاق الحميده والدي المرحوم ــ بإذن الله ــ الشـيخ محمـد سلامه البطوش " أبو جبريل "وإلى رمز العطاء والتضحية والحنان والدتي الغالية.

إلـى زوجتي ... حبـاً وتقديراً فلولا تحملها لهذه الأعباء ما كنت قادراً على أن أكتب ما كتبـت.

إلى بذور الخير التي زرعناها معاً. حبيب، ولورا، ومؤمن، ومؤنس. إلى كل من تمنى لي الخير والنجاح وكل من ساعدني... عرفاناً وشكراً ومحبة.

عبدالله محمد البطوش

شكر وتقدير

الحمــد لله رب العالمين، والصلاة على نبي الرحمة وإمام الهدى محمد صلى الله عليه وسلم.

بعــد أن أكملــت – بفضل الله– إعداد هذّه الرسالة، طالباً بها استكمال متطلبات درجــة الماجســتير فــي القانون من جامعة مؤتة، أرى أنّ الواجب يفرض عليّ أن أعــترف لكــلٍّ ذي فضلٍ عليّ بفضله، حتى أصبحت الرّسالة على الحال التي هي عليها اليوم.

وأول مــن أتوجّــه إليه بشكري وتقديري واحترامي هو أستاذي الأستاذ الدكتور مصــلح الصــرايرة، الذي تفضّل بالإشراف على هذه الرسالة، وبرعايتي وإسنادي طوال فترة إعدادي لها، فقد كان يوجّهني كلّما رآني أحيد عن الجادة العلمية ويعينني علــى البحث والترجمة ويبصّرني بكثير مما خَفِيَ عليّ. كما أدنى مجلسي منه، ولم يضنَّ علي بوقته الثّمين، وبرأيه السّديد، وبما أحتاج إليه من المصادر الأجنبية، فلقد كــان نعم الأستاذ والمشرف والأخ والصديق، فالله أسأل أن يجزيهُ عني خير الجزاء وأن ينفعنا على الدوام بعلمه.

أمّــا جامعــة مؤتــة فأحمل لها –ولا سيما كلية الحقوق– أسمى آيات العرفان: رئاســة وأســاتذةً وإدارةً ومكتبةً، فقد لمست فيهم الإخلاص في العطاء والصّدق في القــول، والإحســان في المعاملة، وفي هذا المقام لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والاحــترام للأساتذة الذين قاموا بتدريسي في هذه الجامعة الجليلة، فقد كانوا نبعاً لا ينضب، استقيتُ منهم الخلق والآداب، كما استقيتُ العلم والمعرفة.

كمــا أتوجه بشكري وإمتناني إلى أهلي وعشيرتي وأصدقائي لتحملهم تقصيري نحوهــم طــيلة فترة دراستي. كما أتوجه بشكري وإمتناني لكلٍ من قدّم لي المساعدة مُكثراً أو مُقلاً، وأعانني على كتابة هذه الرسالة قولاً أو عملاً، فجزاهم الله عنّي كلّ خيرٍ.

عبدالله محمد البطوش

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع

مُلخص

نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً

عبدالله محمد سلامه البطوش

جامعة مؤتة، 2006

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على إحدى النظريات الإدارية الهامة التي أوجدها القضاء؛ وهي "نظرية الموظف الفعلي" حيث تم التعرف إلى هذه النظرية من خلال بيان المقصود بالموظف الفعلي، والفرق بينه وبين منتحل الوظيفة، ومغتصب الوظيفة، وشروط تطبيق هذه النظرية وكذلك نشأة هذه النظرية، في مختلف التشريعات.

ولهذه النظرية تطبيقات مختلفة، سواء أكان ذلك في ظل الظروف العادية، أم في ظل الظروف الاستثنائية، ثم تم توضيح أساسها القانوني في مختلف التطبيقات، وتم بيان آثار هذه النظرية من خلال التعرف على الأركان الواجب توافرها لإعمال هذه النظرية، وكذلك بيان الآثار المترتبة على تطبيقها، من خلال عرض آثارها بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي وآثارها بالنسبة لمركز الموظف الفعلي.

Abstract

The Real Official Juristically and Judicially

Abdullah Mohammad Salameh Al-Btoosh

Mu'tah University, 2006

This study aims to identify one of the most significant Administrative theories that had been established by judicatory, it is "The Real Official Theory", This theory had been identified by introducing what is meant by real official, the difference between him and the impersonate official, the disseised official, and the prerequisites of applying this theory, the establishment of this theory in the various jurisdictions.

This theory has several applications, either under normal conditions or under the exceptional conditions, the legal base was clarifies in the various applications, the impacts of this theory were distinguished through identifying the basic elements that should be available to activate this theory. Moreover, introducing consequence effects of its application through examining its effect for the real official actions, and its effect for the position of the real official.

الفصل الأول

مفهوم الموظف الفعلي

1 .1 المقدمة:

الدولة هي التطور الطبيعي لاتفاق مجموعة من الأفراد في مكان محدد لتفويض بعضهم صلاحيات معينة لتسير أمور حياتهم اليومية، مقابل التنازل عن بعض الحقوق لصالح هذا البعض، والالتزام بالإجراءات والقواعد التي يراها مناسبة لهذا الغرض، وبناءً على تطور ذلك الاتفاق أصبحت الدولة عبارة عن هيئة اجتماعية تقوم بأداء خدمات معينة ورعاية المصالح العامة، وتوفير الأمن بكافة أشكاله لصالح الأفراد الذين تمثلهم. ومع تطور حاجات المجتمع كنتيجة للتطور التقني والمعرفي، زادت تبعات الدولة وتشعب نشاطها ليشمل كافة الجوانب الخدميه، من زراعة وتجارة وصناعه وليحاكي حاجات الفرد المختلفة الثقافية والترويحية وغيرها.

ولكي تقوم الدولة بممارسة نشاطها لتحقيق كافة أهدافها نشأت الحاجة لوجود آلية معينة لذلك من خلال إيجاد مرافق عامة يقوم على إدارتها موظفون عموميون بمؤهلات تتناسب والأعمال المناطة بكلٍ منهم وبقدر نجاحهم بالقيام بالمهام الموكلة إليهم بقدر ما تتحقق رفاهية الأمة ورخاءَها إلى مدى بعيد، وبقدر ما يبذلون من جهد في تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، بقدر ما يزداد التضامن الاجتماعي وينمو، وهذا ما جعل الدولة الحديثة تهتم بتنظيم شؤون الموظفين والتوظيف في الوظيفة العامة، وذلك من خلال إيجاد جهات مسئوله عن التوظيف في الدولة، فنجد مثلاً: أن نظام الخدمة المدنية الأردني قد نص صراحة على ما يلي: "تنشأ دائرة مستقلة تسمى(ديوان الخدمة المدنية) تعنى بشؤون الخدمة المدنية ويتولى إدراتها رئيس يرتبط برئيس الوزراء"[1]، وهذه الجهات بدورها تضع شروطاً محددة تبينها قوانين الوظائف العامة، وتختلف هذه

---

(1) المادة(6) فقره (أ) من نظام الخدمة المدنية الأردنية رقم (55) لسنة (2002).

الشـــروط وفقـــاً للـــنظام القانونـــي المطـــبق في كل دولة بحسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة فيها، وهذا ما نص عليه نظام الخدمة المدني الأردني[1].

إن تســمية (الموظــف العام) هو الاصطلاح القانوني الذي سارت عليه مختلف الأنظمـــة والقوانيـــن؛ للتعبـــير عن مجموعة العاملين المدنيين في الدولة الذين يديرون شـــؤونها ويســـيرون العمل في أجهزتها المختلفة، فهم الذين ينفذون القوانين والأنظمة والقـــرارات، وهـــم الذيـــن يوقعون المعاملات، ويؤدون الخدمات، ويتحملون التبعات والمسؤوليات، ويباشرون الاختصاصات كل حسب مركزه في سلم الهرم الإداري.

لذلـــك نجـــد أن الإدارة العامـــة بعد أن اتسعت مجالاتها وتعددت أشكالها وتنوعت أســـاليبها أصـــبحت مـــرآة تعكـــس السلطة الحقيقية للدولة حتى أصبحت علاقة الدولة بالمواطـــن شـــبه محصـــورة فـــي موظفـــي الإدارة العامة، يديرون من خلالهم العمل الحكومـــي، فالدولـــة بالنســـبة للمواطن هي ذلك الموظف الذي يعطيه الترخيص لعمل معين، إنها شرطي السير، والمراقب الصحي، ومهندس البناء وموظف الجمارك ومعلم المدرسة، وسائر الموظفين التنفيذيين الذين يعملون تحت سلطة الرؤساء الإداريين الذين يمارســـون بحكم وظائفهم وعلى اختلاف مواقعهم مسؤوليات قيادية إزاء مرؤوسيهم من جهة، وإزاء سائر المواطنين من جهة أخرى.

وبمـــا أن الموظـــف العام بالنتيجة هو مواطن أولاً وآخراً، فإن صفة "العام" قد أضفت عليه مسؤوليات محددة، جعلته يتصرف في مسلكه الوظيفي بطريقة مختلفة عن تصـــرفاته فـــي مسلكه العادي، فهو الأداة التنفيذية للإدارة العامة المكلف بالسهر على الـــنظام العـــام، وتنفيذ القوانين والأنظمة، ومنع تجاوزها من قبل الأفراد أو الجماعات، وكل هذا ينطبق في ظل الظروف الطبيعية.

لكـــن مـــبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يسوغ الخروج على الأصل الســـابق والأخـــذ بنوع آخر من الموظفين الذين لا تتوافر فيهم شروط التوظيف، وهم

---

(1) المادة (44) من نظام الخدمة المدنية الأردنية. رقم (55) لسنة (2002).

الموظفون الفعليون، حيث جاء القضاء الفرنسي بنظرية الموظف الفعلي للمواءمة بين الاعتبارات التي تحيط بالمنازعات الواقعية المعقدة، ومصالح الأفراد، وقد يحدث في ظروف معينة يتخلى الموظفون العموميون عن مباشرة مهام وظائفهم خوفا من الوقوع في يد العدو(كما يحدث في ظل الحروب، وكما هو الآن في بلاد الرافدين بعد تعرضه للغزو الأمريكي الغاشم)، أو هرباً من الإصابة بالمرض المنتشر في الدولة، أو جزء منها، أو الكوارث الطبيعية، أو من الثورات الداخلية.

وعندما تحصل مثل هذه الظروف الاستثنائية، وحرصاً على عدم تعطيل سير المرافق العامة، قد يقوم بعض الأفراد العاديين بتولي الوظيفة العامة إما من تلقاء أنفسهم أو بناءً على رغبة سكان المنطقة، فيقومون مثلا بفتح المدارس الحكومية وإعطاء الطلبة البرامج المدرسية المعتادة، أو فتح العيادات الطبية واستقبال المرضى، أو فتح مكاتب سلطة المياه، أو الكهرباء، والهاتف، والإشراف على تسيير هذه المرافق العامة، فكل فرد من هؤلاء يقوم بالعمل المتخصص فيه وكل هؤلاء يطلق عليهم لفظ الموظفين الفعليين، وهذا ما تبناه الفقه والقضاء الفرنسيين[1]، على من قاموا بهذا العمل أو بهذا الدور أثناء الأزمات التي مرت بها فرنسا.

وقد استقر الفقه والقضاء في مختلف دول العالم مثل فرنسا ومصر والأردن على صحة تصرفات هؤلاء الأشخاص، رغم أنها صادرة من أشخاص ليست لديهم صفة قانونية لشغل مثل هذه الوظائف، وذلك استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي وتأسيساً على مبدأ دوام سير المرافق العامة، وهناك صورتان للموظف الفعلي: الأولى الموظف الفعلي في الظروف العادية، والثانية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وصورة الموظف الفعلي في الظروف العادية هي: أن يُعين شخص ما في وظيفة معينة، دون

(1) Jeze: Les Principes . Generaux . du droit. administratif . 3 ed , Tom II p 285 et s. Waline: Traite elemantaive, de droit. Administartif, 6 edit .408 et s. Rolland: précis de droit . administratif. 1953 p . et s .

إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة في تعيينه، فيقع قرار التعيين باطلا[1]، ولهذه الصورة تطبيقات مختلفة سوف نبحثها في التفصيل من خلال هذه الدراسة.

أما صورة الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، فهي كما لو تولى شخص في ظل هذه الظروف التي تستند إلى ضرورة سير المرافق العامة، دون حاجة لأن يكون الموظف قد عين تعييناً معقولاً، بل يجوز ألا يكون قد صدر قرار ما بتقلد هذه الوظيفة[2].

وهنا يُثارُ التساؤل حول تصرفات الموظف الفعلي في مثل هذه الحالات فما هو المركز القانوني لهذا الموظف؟ وكل هذا يتطلب منا تحديد ذلك المركز لتحديد علاقة الموظف الفعلي بالإدارة من ناحية حقوقه والتزاماته، وتحديد علاقته بالإفراد من حيث حقهم في التمسك بتصرفات ذلك الموظف، ومدى استفادتهم من النصوص القانونية التي تكفل الحماية الجزائية.

---

(1) د. مجدي عزالدين: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة، 1988، ص(284).

د. علي خطار شطناوي: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، ط1 سنة 2003، ص (333).

د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة 1966، ص (541ـ542).

د . محمد الجمل. الموظف العام فقهاً وقضاءً ج1 ط1 1958، دار الفكر الحديث للطبع والنشر. ص (521).

(2) د . توفيق شحاته. مبادئ القانون الإداري، ج1، دار النشر للجامعات العربية سنة 1955. ص (470 ـ 471)

د . عثمان خليل. القانون الإداري. الطبعة4، مكتبة الانجلو المصرية، سنة 1960. ص (404).

وهـــنا أُشير إلى أسباب اختياري لهذا الموضوع، ومنها: تعرض العراق الشقيق للغزو الأمريكي البريطاني، وما أعقبه من سقوط بغداد وقيام المحتل باغتصاب السلطة الإداريـــة فـــي العـــراق واستعانته بأشخاص ليست لهم أي صفة قانونية بإدارة أعمال الدولة، وهم ممن جاء بهم الغزو الأمريكي إلى أرض العراق، وقام هؤلاء بمعونة "بول بـــر يمـــر"الذي تم تعيينه حاكماً عاماً من قبل قوات الغزو باتخاذ القرارات الإدارية من أجل إدارة مرافق الدولة، لهذا أحببت أن أبحث في مدى شرعية أعمال الموظف الفعلي، الذي ينطبق على هؤلاء، فهل يُعترف بالقرارات الإدارية الصادرة عنهم أثناء ممارستهم لنوظيفة العامة؟ وهل ينطبق عليهم ما ينطبق على الموظف العام؟

وهنالك سبب آخر لاختياري هذا الموضوع، هو ندرة البحث فيه سواء كان على صـــعيد الأردن، أو علـــى الصـــعيد العربي، حيث لم يتم التعرض له إلا من قبل أحد الباحثين المصريين، وبما أن "الحاجة أم الاختراع" ومع خالص الدعاء ألا نجد أنفسنا في بلدنا ذات يوم في مثل هذا الوضع، ولكن ما يحدث بالعراق الشقيق يتطلب منا كباحثين الالتفات حولنا والاستفادة من هذه العبر. ٦٣٣٨٣٧

ومـــن الأســـباب المهمة، هو كثرة التطبيقات لهذه النظرية في المملكة الأردنية الهاشمية، فمثلا تعيين الموظفين في الدولة، حيث نجد أنه وفي كثير من الحالات تكون مباشـــرة الموظـــف تسبق قرار التعيين، كما يحدث في وزارة التربية والتعليم، ووزارة الصحة، وأعضاء هيئة التدريس في الجامعات، وغيرها من الحالات المتعددة، فماذا لو لم تتم الموافقة على تعيين هذا الشخص، وما مصير القرارات الإدارية التي تم اتخاذها مـــن قبله؟ ورغم قلة وجود الأحكام القضائية في هذا التطبيق إلا أنه من الممكن حدوث ذلك، ولهذا أردنا أن نبين من خلال موقف الفقه، والقضاء المصري والفرنسي تصورا واضحاً على ما نهج عليه هؤلاء.

وبمـــا أن هـــذه النظرية لم تحظَ من قبل الباحثين الأردنيين بعناية كافية، فمن هذا المـــنطلق كانـــت رغبتي أن تحظى المكتبة القانونية في كليات الحقوق في الجامعات

الأردنـــية بدراســـة متخصصـــة فـــي هـــذا الموضوع، وهذا من الأسباب التي دفعتني لاختـــياره، رغم ما يكتنفه من غموض وما يحيط به من صعوبات بسبب ندرة المراجع العربـــية؛ ممـــا أجبرني على اللجوء إلى المراجع الفرنسية الوحيدة التي بحثت في هذا الموضوع.

وقـــد كـــان لتشـــجيع إستا ذي المشرف على هذه الدراسة، ومتابعته لكل مراحلها ووقوفـــه لجانبـــي ناصـــحاً وموجها ومرشداً الحافز الأكبر والدور الأبرز لتذليل كافة الصـــعاب والوصول بهذه الدراسة المتواضعة إلى بر الأمان، وما كان لي أن أقوم بهذا لـــولا حرصه الكبير وصبره اللامحدود رغم كثرة مشاغله؛ فوفر لي الترجمة المطلوبة لكافة النصوص والأحكام الفرنسية اللازمة لإغناء هذه الدراسة.

إن الوظـــائف العمومـــية تكلـــيف للقائمين.عليها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصـــلحة العامـــة وذلـــك طـــبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها، وينبغي أن تقوم تلك الوظائف على أساس رابطة قانونية صحيحة بين الدولة ومن يشغل هذه الوظائف، فإذا تبيـــن عـــدم صـــحة تلـــك الرابطة فإن المعني بالأمر لا يكون صالحاً لممارسة أعمال الوظيفة وتحمل أعبائها ومسؤوليتها، ويترتب على ذلك عدم مشروعية الأعمال التي قد يقـــوم بها. إلا أنه قد استقر في الفقه والقضاء على إضفاء الشرعية في بعض الحالات علـــى التصرفات ممن يتدخل في الوظيفة دون توافر السند الصحيح وذلك حفاظاً على اســـتمرار ســـير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وحماية للمصلحة العامة، وهذا ما يسوغ الخروج على الأصل العام وهو- التعيين الرسمي والقانوني في الوظيفة العامة- والأخـــذ بنوع آخر من الموظفين الذين لا تتوافر فيهم شروط التوظيف، وهم الموظفون الفعليون.

1. 2 مفهوم الموظف العام والشروط الواجب توافرها فيه

لقـــد تباينت التشريعات حول تعريف الموظف العام، ولعل هذا التباين يعود إلى حاجـــة بعـــض التشريعات إلى تضييق أو توسيع نطاق تطبيقها حسبما يقتضيه الصالح العـــام وفق نظرة وتطلعات المشرع، وبالرغم من كثرة التشريعات التي تتناول الوظيفة

العامـــة والموظــف العام، إلا أن جُلَ هذه التشريعات لم تضع تعريفاً جامعاً مانعاً تحدد بموجــبه المقصود بالموظف العام، حيث يقتصر كل تشريع على تعريف الموظف العام فـــي مجـــال تطبـــيق أحكامه فقط[1]، ولا بد من الإشارة إلى أن نظرة القانون الإداري للموظف العام تختلف عن غيرها من القوانين كالقانون المدني والقانون الجنائي، وليس هذا فحسب، بل إن نظرة هذا القانون متغيرة، نظراً للطبيعة المتطورة للقانون الإداري، التـــي تختلف من دولة إلى أخرى أو حتى في الدولة نفسها من وقت لآخر حسب تطور فلســفة الإدارة والحكم؛ الأمر الذي يجعل التسليم أو الاتفاق على مفهوم محدد للموظف العام لحقبة طويلة من الزمن أمراً مستبعداً[2].

وترى الدراسة أنه ليس من وظيفة المشرع أن يقوم بالتعريف كقاعدة عامه، إلا أنه يُلجأ إلى ذلك في حالتين هما:

أولاً: أن يكون غرض المشرع حسم خلاف فقهي قائم.

ثانياً: أن يأتي التعريف بمعنىً جديد مغاير لمعنى مستقر.

1. 2. 1 المقصود بالموظف العام

إن تعـــريف الموظف العام مسألة ضرورية لتحديد أولئك الذين ينطبق عليهم هذا الوصـــف فيخضعون تبعاً لذلك للنظام القانوني الخاص بالموظفين العموميين، وبما أن التعريف إما أن يكون صادراً عن الفقه أو القضاء أو المشرع.

أولاً: المقصود بالموظف العام في التشريع

لقد أورد المشرع الأردني تعريفاً للموظف العام في الدستور الأردني، وكذلك في قـــانون الجرائم الاقتصادية الأردني، وقانون العقوبات، ونظام الخدمة المدنية الأردني، وهدف المشرع من إيراد مثل هذه التعريفات هو تطبيق مفهوم الموظف العام في نطاق

---

(1) د. نـــواف كـــنعان: القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط1، طابع الدستور التجارية، عمان، 1996، ص(28).

(2) د. محمد عبدالعال السناري: نظم وأحكام الوظيفة العامة، دار التعاون للنشر، القاهرة بدون تاريخ، ص(45,47).

تلك التشريعات دون غيرها.

فقد نصت المادة(76) من الدستور الأردني على أنه:

"لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الأعيان أو النواب وبين الوظائف العامة ويقصد بالوظائف العامة كل وظيفة يتناول صاحبها مرتبه من الأموال العامة ويشمل ذلك دوائر البلديات وكذلك لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الأعيان ومجلس النواب". وترى الدراسة أن مشرعنا الأردني وفي معرض تعريفه للأموال العامة، تطرق لمفهوم الموظف العام واصفاً إياه بالشخص الذي يتقاضى مرتبه من الأموال العامة، حيث لم يقصد المشرع الدستوري وضع تعريف جامع مانع لمدلول الموظف العام، بل كان يهدف إلى وضع ضابط يُحرم بموجبه الجمع ما بين عضوية مجلس النواب والأعيان، والوظائف العامة وهذا ترسيخ لمبدأ الفصل بين السلطات.

كما عرفه قانون الجرائم الاقتصادية الأردني في المادة الثانية منه"[1] بما يأتي:

أ .تشمل كلمة موظف لأغراض هذا القانون كل موظف أو مستخدم أو عامل معين من المرجع المختص بذلك في أي جهة من الجهات المنصوص عليها في الفقرة ب من هذه المادة كما تشمل رؤساء وأعضاء مجالس الجهات الواردة في البنود (3-6) من الفقرة ب من هذه المادة

ب- وتشمل عبارة الأموال العامة لأغراض هذا القانون كل مال يكون مملوكا أو خاضعا لإدارة أي جهة من الجهات التالية أو لإشرافها:

1- الوزارات والدوائر والمؤسسات الرسمية العامة

2- مجلسا الأعيان والنواب

3- البلديات والمجالس القروية ومجالس الخدمات المشتركة

4- النقابات والاتحادات والجمعيات والنوادي

5- البنوك والشركات المساهمة العامة ومؤسسات الإقراض المتخصصة

6- أي جهة ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة .

---

(1) قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم(11) لسنة (1993)

نـــرى بـــأن مشرعنا قد توسع في هذه المادة من قانون الجرائم الاقتصادية في تعـــريف الموظـــف العـــام؛ حرصـــاً منه على حماية المال العام، في حين أن تعريف الموظـــف العام في القانون الإداري يرتكز على الحفاظ على الوظيفة العامة، والمرافق العامـــة، وحســـن ســـيرها واضطرادها وتحديد المركز القانوني للموظف العام تجاهها وكذلك يتبين لنا من خلال هذا النص أن تعريف الموظف العام اختلف تبعاً للمصلحة المحمـــية وهي بطبيعة الحال هنا هي المال العام، حيث عُدت هذه المادة كل من يتعامل بالمـــال العـــام موظفاً عاماً ينطبق عليه أحكام هذا القانون حتى ولو لم يتقاضَ راتباً أو أجراً.

وقد عرف قانون العقوبات الأردني الموظف العام بما يأتي:" يُعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط مـــن ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها وكل عامل أو مستخدم في الدولـــة أو فـــي إدارة عامة"[1]، نلاحظ من خلال هذا التعريف أن مشرعنا الأردني في قـــانون العقوبات أعطى مفهوماً واسعاً للموظف العام، حيث أسبغ هذه الصفة على كل شخص يعمل في أي مصلحة من مصالح الدولة، وكان هدفه من ذلك هو حماية المرافق العامـــة، وضـــمان سيرها بانتظام واضطراد بما يحقق الصالح العام، إضافة إلى أهمية وخطورة الأعمال الملقاة على عاتق الموظفين العموميين.

كذلـــك عرف نظام الخدمة المدنية الأردني الموظف العام بأنه: "الشخص المعين بقرار من المرجع المختص، وفي وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة، أو موازنة إحدى الدوائر، بما في ذلك الموظف المعين بموجب عقد ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً"[2].

ونلاحظ أن المادة الثانية من نظام الخدمة المدنية التي عرفت الموظف العام، قد

---

(1) أنظـــر المادة (169) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960). وتقابلها المواد (110,119) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937).

(2) أنظر المادة الثانية من نظام الخدمة المدنية الأردني، رقم (55) لسنة (2002).

قسمت الموظفين إلى قسمين هما: موظفين دائمين، وهم الذين يعينون بوظائف دائمة ذات درجات محددة في جداول تشكيلات الوظائف، وموظفين بعقود، وهم الذين يعينون بعقود في وظائف مدرجة في جداول تشكيلات الوظائف، بما في ذلك المعينين على حساب المشاريع، أو الإجازة الدراسية، أو الإجازة دون راتب.

وهنا نجد أن المشرع الأردني قد بين فئات الموظفين الخاضعين لأحكام هذا النظام، وفي الوقت نفسه وضع تعريفاً لمفهوم الموظف العام، حيث اشترط لإكتساب الشخص صفة الموظف العام وجوب توافر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول:

أن يكون هذا الشخص معيناً من المرجع المختص[1]، بالتعيين حيث يُعد صدور القرار من الجهة المختصة بالتعيين شرطاً أساسياً لإكتساب الشخص صفة الموظف العام.

الشرط الثاني:

أن تكون الوظيفة المعين عليها الشخص مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف - سواء أكانت هذه الوظيفة دائمة أم مؤقتة- الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة أو موازنة إحدى الدوائر، بما في ذلك الموظف المعين بعقد. ويترتب على هذا الشرط النتيجتان الآتيتان[2]:

1. أن تكون الوظيفة من وظائف إحدى المرافق العامة التي تدار إدارة مباشرة من

---

(1) المرجع المختص بالتعيين هو الوزير بناء على تنسيب من اللجنة المركزية لشؤون الموظفين المادة (54) من نظام الخدمة المدنية رقم (55) لسنة(2002)، أما الموظفون بعقود فيتم تعيينهم بقرار من رئيس الوزراء بناء على تنسيب الوزير المختص إذا كان الراتب الذي يخصص للموظف يتجاوز الراتب المحدد لموظفي الفئة الأولى، وبقرار من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام إذا لم يتجاوز ذلك المادة(60) من النظام نفسه.

(2) د . علي خطار شطناوي: مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، الوظيفة العامة، مؤسسة وائل للنسخ السريع، عمان، 1994، ص(30).

قبل الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، ويترتب على ذلك أن العاملين بالمرافق العامة التي تدار بأسلوب الامتياز أو الاستغلال غير المباشر أو بأسلوب شركات الاقتصاد المختلط (الشركات المساهمة العامة) لا يُعدون موظفين عموميين.

2. عدم اشتراط المشرع الأردني دائمية الوظيفة لاعتبار الشخص موظفاً عاماً، فقد أسبغ صفة الموظف العام على كافة العاملين بالمرافق العامة بغض النظر عن دائمية الوظيفة التي يشغلها الموظف، وذلك باستثناء الأشخاص الذين يتقاضون أجوراً يومية.

في حين عرف المشرع المصري الموظف العام بموجب قانون العاملين المدنيين المصري على أنه: "يُعد عاملاً في تطبيق هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كوحدة، ويسري هذا القانون أيضاً على العاملين في الوزارات في الحكومة ومصالحها الأجهزة التي لها موازنة خاصة بها ووحدات الحكم المحلي، والعاملين بالهيئات العامة فيما تنص عليه اللوائح الخاصة بهم"[1]، ولم يضع المشرع الجزائي المصري تعريفاً عاماً للموظف يلجأ إليه بصدد الجرائم جميعها والإجراءات الجنائية التي تُثار فيها فكرة الموظف العام[2].حيث سلك منهج التعدد الحصري للطوائف التي ينطبق عليها قانون العقوبات، موسعاً بذلك دائرة الموظف العام، وقد ورد اصطلاح

---

(1) أنظر المادة الأولى من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (47) لسنة (1978) مشار إليه، د، علي خطار شطناوي، مجلة مؤته للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الثاني، تشرين أول 1992،ص (155).

د، منصور العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 1984، ص(10).

(2) د. عبدا لستار، شرح قانون العقوبات المصري، ص (166).

الموظـــف العام في مواضع كثيرة دون تعريف أو تحديد للمقصود[1]، كذلك بين قانون العقوبات المصري الفئات التي يُعد أفرادها بحكم الموظف العام[2].

أمـــا المشرع الفرنسي فقد عرف الموظف العام بطريقة غير مباشرة، حينما حدد مـــيدان تطبيق قانون الخدمة المدنية الأخير[3]، حيث نصت المادة الثانية على ما يأتي: "بأنهم الموظفون الذين يطبق عليهم نظام الخدمة المدنية لعام 1984م، الذين يعملون في وظـــائف دائمـــة ســـواء عملـــوا بدوام كامل أو جزئي، على أن يكونوا من الموظفين المصـــنفين الذيـــن يحـــتلون درجـــات في الهرم الإداري للإدارة المركزية أو الإدارة الخارجـــية المرتبطة بها "وبالتدقيق في النص السابق نستخلص بأن هناك شروطاً يجب توافرها في الموظف العام وهي:

1. أن يكـــون مشـــمولاً بنظام الخدمة المدنية لعام 1984م، الذي نص على تعريف الموظف العام.
2. الوظـــيفة الدائمـــة؛ أي أن تتمـــتع الوظيفة بصفة الديمومة، وهي صفة للوظيفة وليست للموظف، حيث إنه قد يعمل بدوام كامل أو جزئي[4].
3. أن تكون الوظيفة ضمن الوظائف المصنفة في الهرم الإداري.
4. أن تكون ضمن مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

ونلاحـــظ أن المشـــرع الفرنســـي قـــد أخرج من تعريف الموظف العام ونطاقه المســـتخدمين المؤقتين، والموظفين المنتدبين، وأن المشرع الجزائي قد عمد إلى النص

---

(1) د . أحمـــد خلف الله، الموظف العام في قانون العقوبات المصري، مكتب الشرق، الزقازيق 1992، ص (255).

(2) المادة (167) من قانون العقوبات المصري، رقم (11) لسنة (1962).

(3) المادة (2) من قانون التوظيف الفرنسي، رقم (84- 16) الصادر في 1984/1/11.

(4) سليم بطارسه: نظام الوظيفة العامة في المملكة الاردنيه الهاشمية، المكتبة الوطنية،الأردن، ط1، 1997 ص (40)

على فئات معينه لاعتبارهم موظفين عموميين. ولم يلجأ إلى التعريف المباشر[1].

ثانياً: المقصود بالموظف العام في الفقه والقضاء

1. التعريف الفقهي:

لا بد من الإشارة هنا أن الفقه الإداري لم يقف مكتوف الأيدي أمام مسألة تعريف الموظـــف العام، فإحجام المشرع عن وضع تعريف للموظف العام، وفي الوقت نفسه، عدم نهج القضاء الإداري نهجاً موحداً في تعامله مع هذا الأمر، كل ذلك كان دافعاً للفقه الإداري بأن يدلي بدلوه في بحث هذه المسألة.

حيـــث أورد فقهاء القانون الإداري تعريفات عديدة للموظف العام أو الموظفين العموميـــن، فتارةً يصفونهم بعمال المرافق العامة، وتارةً أخرى يصفونهم بالأشخاص الذيـــن يخضـــعون فـــي علاقاتهم مع الدولة إلى أحكام القانون العام أو الذين يتقاضون رواتبهم من خزينة الدولة، وفي حقيقة الأمر، ليس من السهل وضع تعريفٍ جامعٍ مانعٍ لمفهـــوم الموظـــف العام؛ نظراً لاختلاف مدلوله باختلاف النصوص التي تحدد أركان الوظيفة العامة وتبين عناصرها[2]، وعليه فلا بد لنا من التعرف على أهم آراء الفقه في كل من الأردن ومصر وفرنسا.

فقـــد عرف بعض من الفقه الأردني، الموظف العام بأنه: [3] "ذلك الشخص الذي يعهـــد إلـــيه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى الهيئات الإقليمية، أو إحـــدى المؤسسات العامة الإدارية". كما عرفه البعض الآخر من الفقه الأردني بأنه[4]" كل فرد يشغل وظيفة دائمة في مرفق عام تديره الدولة بطريق الاستغلال المباشر".

---

(1) د. عبدا لحميد حشيش: دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة ، 1977،ص (160).

(2) د . بكر القباني: القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص(534).

(3) د. علـــي خطـــا ر شطناوي: تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن دراسة مقارنه بحث منشور مجلة الدراسات والبحوث، مؤته، المجلد السابع، العدد الثاني، ص (238).

(4) د . منصور العتوم: المسؤولية التأديبية للموظف العام، مرجع سابق، ص(18).

وتـــرى الدراســـة ومـــن خلال هذه التعريفات بأن الفقه الأردني قد اشترط في الشخص لاعتباره موظفاً عاماً شرطين وهما:

1. شغله لوظيفة دائمة، والعبرة هنا بديمومة الخدمة وليس الموظف.
2. الخدمة في مرفق عام تديره الدولة بأسلوب الاستغلال المباشر.

فهـــم يـــرون بأنه لا يُعد الشخص الذي يعمل بمرفق عام لا تديره الدولة موظفاً عامـــاً، كـــأن يـــدار المـــرفق بأسلوب الامتياز أو الاقتصـاد المختلط. وبعد دراسة هذه الـــتعريفات يمكن القول بأن الموظف العام هو:" الشخص المعين من المرجع المختص للعمـــل في خدمة مرفق عام مملوكاً للدولة أو إحدى دوائرها، ويدار من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بشكل مباشر أو غير مباشر".

وقد عرف جانب من الفقه المصري الموظف العام بما يلي: "بأن الموظف العام هو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو السلطات الأخرى بالطريق المباشر بناء على تعيين يصادف قبولاً لدى الموظف[1].

---

(1) د . مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري سنة 1967، دون دار نشر،ص (71) .
د . سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي 1979، ص (390)
د . أنو رسلان: نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ،دون دار نشر، سنة 1983، ص (49).
د . محمد جودت الملط: المسؤولية التأديبية للموظف العام رسالة دكتوراه سنة 1967، ض. (10) وما بعدها.
د . محمـــد عـــبدا لحمـــيد أبو زيد: القضاء الإداري، دراسة مقارنه ج1 سنة 1985، ص (285)، وما بعدها.
د . محمـــد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام ط10 سنة 1977 ص، (241) وما بعدها.
د . عبدا لحميد حشيش: مرجع سابق ،ص (149).
د. محمـــود محمـــود مصـــطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام. ط10 مطبعة جامعة القاهرة، سنة1982، ص(198).

وفـــي الفقه الفرنسي فقد عرفه الفقيهان (Serge et Jean) حيث قالا: بأن[1] صفة الموظف العام ترتبط في وظيفة دائمة في كوادر الإدارة العامة والتثبيت في درجة". كما عـــرفه الفقـــيهان[2] (Deuz et Debeyre) "بأنـــه كل من يساهم في إدارة مرفق عامٍ يدار بطـــريق الاستغلال المباشر بموجب تعيين قانوني صادر عن السلطة العامة في وظيفة دائمـــة ضـــمن كادر إداري منظم". وبالرغم من كثرة التعريفات، إلا أنها تتمحور حول عنصرين، لا بد من توافرهما للقول بتوافر صفة الموظف العام وهما:

أ. العنصر الشكلي:

ويعني الانتماء إلى تدرج إداري، يجعله حائزاً على درجة من هذا التدرج، وأن يكون قد تقلد الوظيفة العامة بطريقة مشروعه؛ أي التعيين الصحيح الصادر من مرجع ذي اختصاص، وأن تكون الوظيفة العامة قد سُلمت له بشكل دائم.

ب. العنصر الموضوعي:

وهـــنا لابـــد أن يكـــون قد شغل الوظيفة بشكل دائم، وهذا الشرط أساسي للقول بصفة الموظف العام.

2. التعريف القضائي للموظف العام

القضاء الأردني:

استقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية على تعريف الموظف العام على أنه:" كـــل شـــخص يعهـــد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"[3]، وقضت في حكم آخر "أن المستخدم لا يُعد موظفاً عاماً ما لم يكن معيناً فـــي وظـــيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف"[4]، في حين نجد أنها عدلت عن هذا الحكـــم، حيث قضت في حكم آخر بأن:" الموظف العام هو الشخص المعين بقرار من

---

(1) Serg (S) et Savignac (j-C): Fonction Publique., Dalloz., Paris., 1976., P(25) .

(2) Paul Ducz et Debeyre: traite de droit administratif., Dalloz.,1952.P(641)

(3) عدل عليا : 76|63 مجلة نقابة المحامين، 1977، العدد 7ـــ8ص 950.

(4) عدل عليا : 72/275 ، مجلة نقابة المحامين، 1971- 1975، ص (943).

المرجع المختص بذلك في وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف في خدمة مرفق عـــام مـــن مرافق الدولة، سواء كان يعمل براتب شهري في وظيفة مدرجة في جدول التشـــكيلات أو براتب مقطوع أو مستخدم فيها وذلك وفقاً للمادة الثانية من نظام الخدمة المدنية رقم(1) لسنة 1988م. وبذلك تكون التفرقة قد زالت بين الموظف والمستخدم فتم إخضـــاعهما لـــنظام واحد دون تمييز فامتد مدلول الموظف العام إلى كافة العاملين في خدمـــة المـــرافق العامة باستثناء من يعمل بأجر يومي"[1]، وإذا ما أمعنا النظر في هذه الأحكـــام لتبين لنا وبشكل واضح أن محكمة العدل العليا تشترط توافر شرطين لإكساب الشخص صفة الموظف العام وهما:

الشرط الأول: دائمية أو ديمومة الوظيفة

تتطلب محكمة العدل العليا صراحة أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشخص المعين دائمـــة، حيث قضت في أحد أحكامه بأنه "يتبين لنا أنه ثابت في ملف المستدعي وكتاب المديـــر العام لمؤسسة النقل المؤرخ 1976/1/30 أن المستدعي يعمل في مؤسسة النقل بوظيفة مدير اللوازم الفنية، وهي وظيفة دائمة في هذا المرفق[2].

ويجب أن تكون هذه الوظيفة الدائمة مدرجة في جدول التشكيلات المصادق عليه قانونـــاً، وتطبـــيقاً لذلـــك قضت في حكم آخر لها "لا يشترط لاعتبار الموظف موظفاً حكومياً أن تكون وظيفته مصادقاً عليها بمقتضى قانون الميزانية العامة للدولة، بل يكفي أن تكون الوظيفة محدثة بالاستناد إلى أحكام أي قانون آخر، إن وظائف دائرة البلديات التابعة لوزارة الداخلية محدثة في موازنة خاصة بالاستناد إلى قانون البلديات وتُعد قسماً مـــن جهـــاز وزارة الداخلية، وموظفوها حكوميون، أما كون نفقاتها من واردات كافة الـــبلديات فـــي المملكة بموجب موازنة خاصة، فهذا لا يعني أنها ليست دائرة حكومية

---

(1) عدل عليا: رقم 191 | 1997، مجلة نقابة المحامين (هيئة عامة) 1998، ص (380).

(2) عدل عليا: رقم 1977/63، مجلة نقابة المحامين 6/16/ 1977، العدد4، ص(950).

وتُعـد خدمـة الموظف في دائرة البلديات خدمة مقبولة للتقاعد على اعتبار أنه موظف حكومي أردني[1].

وتـرى الدراسـة أن محكمة العدل العليا لم تكتفِ أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشـخص دائمـة وإنما اشترطت أيضاً أن يشغلها الشخص المعين بصفة دائمة، وهذا بـدوره يـتعارض مع التعريف التشريعي للموظف العام في نظام الخدمة المدنية، فقد قضت محكمة العدل العليا بما يلي: "وحيث إن المستدعية هي مستخدمة دائمة للمؤسسة (مؤسسـة النقل العام) ومعينة في وظيفة طابع حسبما هو واضح في النظام المشار إليه والـنظام المعدل رقم (57) لسنة(1979)، فإنها بالنسبة لذلك تُعد داخلة في مدلول كلمة الموظف العام بالمعنى المقصود في الفقرة الثالثة المشار إليها آنفاً"[2].

الشرط الثاني: الخدمة في مرفق عام تديره الدولة ذاتها

فهـي كذلك لم تكتف بدورها لاكتساب الموظف العام أن يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، بل اشترطت أن يدار هذا المرفق بأحد أسلوبين فقط من أساليب إدارة المرافق العامة وهما؛ الإدارة المباشرة (الاستغلال المباشر) أو طريقة المؤسسة العامة، لذا لا يُعد العاملون في المرافق العامة المدارة بطريق الامتياز والاستغلال غير المباشر وشركات الاقتصاد المختلط موظفين عموميين.

وكذلـك نـرى ومـن خلال أحكام محكمة العدل العليا أنها تخالف الاتجاهات والمـبادئ العامة بخصوص الموظفين العموميين، حيث عدت العمل في البلديات عملاً غـير حكومـي، وذلك من خلال أحكامها فقضت "وحيث إن المستدعي كان موظفاً في أمانـة العاصـمة، وهي مؤسسة أهلية حسب نص المادة الثالثة من قانون البلديات ولم يعيـن بعد عزله بوظيفته لدى الأمانة إذ يُعد قبوله الوظيفة إذعاناً منه للقرار وإنما عين

---

(1) عدل عليا: رقم 1981/19، مجلة نقابة المحامين، 1981، ع4، ص (1681).

(2) عدل عليا: رقم 1977/63، مجلة نقابة المحامين، 1976، ص (65).

فـــي الوظيفة بالمؤسسة الاستهلاكية المدنية فإن قبوله لهذه الوظيفة لا يشكل إذعاناً منه لقرار عزله الصادر عن لجنة أمانة العاصمة، وذلك تطبيقاً لاجتهاد المحكمة[1].

لذلـــك نـــرى أن موقـــف محكمة العدل العليا من اعتبار الوظائف في البلديات وظـــائف غير رسميه فيه إجحاف كبير بحق هذه الفئة العاملة في هذه الوظيفة، وبما أن التشـــريعات المختلفة اتجهت إلى التوسع في مفهوم الوظيفة العامة، فلماذا تسلك محكمة العـــدل العليا هذا المسلك المخالف!؟ وتضيق بدورها مفهوم الوظيفة العامة، فمن المتفق عليه أن البلديات شخص من أشخاص القانون العام الداخلي، وهذا ما تنص عليه المادة (5) مـــن القـــانون المدنـــي الأردني حيث جاء فيها "إن الأشخاص الحكمية هي: الدولة والـــبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمـــنحها القـــانون شخصية حكمية، وقد كررت المادة (3) من قانون البلديات رقم (29) لســـنة 1955 ذات الحكـــم حيث نصت "يُعد مجلس البلدية شخصاً معنوياً له أن يقاضي وأن يُقاضــــى بهـــذه الصفة وأن ينيب عنه أو يوكل من يشاء في الإجراءات القضائية وتنـــتقل إلـــيه الحقوق والالتزامات التي كانت للمجلس السابق" وبما أن البلديات تصدر قـــرارات إدارية ملزمة وتبرم عقود إدارية وتملك حق نزع الملكية للمصلحة العامة أو الاســـتيلاء المؤقت فهي بالتالي تتمتع بامتيازات القانون العام، فلماذا تقف محكمة العدل العليا كل هذا الموقف؟ وترى الدراسة أن على مشرعنا الأردني أن يتدخل ويضع نصاً واضحاً وصريحاً يشمل به هذه الفئة التي لا تقل عن غيرها حرصاً وانتماءً لهذا الوطن وإدخالها ضمن بوتقة الوظيفة العامة.

القضاء المصري :

أمـــا الـــتعريف القضـــائي المصري للموظف العام، فقد اشترط القضاء الإداري المصري صفات معينة في الشخص حتى تنطبق عليه صفة الموظف العام، حيث ذهبت المحكمـــة الإداريـــة العليا في حكم لها تقول فيه "يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً توافر شرطين: أن يكون قائماً بعمل دائم، وأن يكون هذا العمل في خدمة مرفق عام أو

(1) عدل عليا: رقم 82 / 76، مجلة نقابة المحامين، 1977، ص (408).

مصلحة عامة، ويقابل تنوع المرفق من حيث الطبيعة تنوعاً من حيث الإدارة ... ولكي يكتسب عمّال المرافق العامة صفة الموظف العمومي، يجب أن يدار المرفق عن طريق الاستغلال المباشر"[1]، وذهبت المحكمة في حكم آخر حيث مضت تقول: "ليس في التشريعات أو اللوائح في مصر نص يعرف الموظف العام ...، لاعتبار الشخص موظفا عموميا يتعين أن يساهم في مرفق عام تديره الدولة بطريقة الاستغلال المباشر[2]"، وفي مصر يُعدون موظفين عموميين عمال المرافق العامة سواء كانت إدارية أو اقتصادية، مادامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر.

وترى الدراسة ومن خلال مطالعة الحكمين السابقين، أن القضاء المصري قد سعى جاهداً للقيام بدوره وذلك من خلال التوصيف لمصطلح الموظف العام، حيث اشترط كغيره أن يكون عاملاً في مرفق عام، واشترط في هذا المرفق أن يدار، بطريقة الاستغلال المباشر، مستبعداً بقية الطرق، وبغض النظر عن طبيعة المرفق سواء أكان مرفقاً أدارياً أم مرفقاً اقتصادياً ويُعد موظفاً عاماً مخالفاً بذلك موقف القضاء الإداري الأردني كما مر معنا سابقا وكذلك القضاء الفرنسي، اللذين اشترطا أيضا صفة الديمومة بالعمل.

القضاء الفرنسي:

حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي الموظف العام بأنه" ذلك الشخص الذي يشغل وظيفة دائمة في كادر المرفق العام "ونلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد تطلب توافر شرطين لاكتساب الشخص لصفة الموظف العام وهما:

الشرط الأول: دائمية الوظيفة

لا يُعد الشخص موظفاً عاماً إلا إذا عمل بوظيفة دائمة وبصفة دائمة، وهذا يعني أن القضاء الفرنسي يتطلب توافر عنصري الدائمية؛ دائمية الوظيفة ذاتها وشغلها بصفة دائمة أو نهائية، فقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي صراحة دائمية الوظيفة التي يشغلها

---

(1) إدارية عليا: 1957/11/9 مجموعة القواعد القانونية، أبو شادي رق/ 36، ص (46).

(2) إدارية عليا: 1962/5/5 مجموعة القواعد القانونية، أبو شادي رقم 37، ص (47).

الشخص لاكتساب صفة الموظف العام حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له: "يستخلص من التحقيق ومن الشروط والظروف أن الطاعن يشغل وظيفة سكرتير لجنة تحكيم الأجرة لمدينة نيولي فذلك لا يُعد وكأنه شاغلٌ لوظيفةٍ دائمة"[1].

الشرط الثاني: التثبيت في الوظيفة:

يتطلب لاكتساب صفة الموظف العام كذلك أن يدخل ضمن الهرم الإداري، ويتحقق ذلك عن طريق التثبيت في الوظيفة. ويقول الفقيه (A.de Laubadere) يتحقق هذا الاندماج في الهرم الإداري بوساطة التثبيت الذي يمنح الشخص المعين صفة الموظف العام"[2]، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد تطلب هذا الشرط صراحة في أحد أحكامه والذي جاء فيه"[3]، هكذا فإن الطاعن لا يمكن قبل التثبيت أن يُعد جزءاً من الكادر الدائم للإدارة العامة" ومن خلال ذلك يتبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط توافر شرطين لا كتساب صفة الموظف العام وهما: دائمية الوظيفة، والتثبيت في الوظيفة.

ومن الجدير ذكره في هذا المقام بأن الفقه والقضاء الفرنسي قد تبنيا تعريف الموظف السابق الذكر في موقف المشرّع الفرنسي في نظام الخدمة المدنية لعام 1984م[4]، وهذا من إسهامات الفقه والقضاء في تطوير التشريع الفرنسي.

---

(1) A. de Laubadere:" IL Faut quiL ait pour effet de lui faire occupier de fonction permanente un emploi permanente". A. Plantey :op . No 50 .

(2) A. de laubadere: IL Faut quiL ait pour effet de lui faire occupier de fonction permanente un emploi permanente" Op. Cit. No 19

(3) مشار أليه، د. علي خطار شطناوي، بحث بعنوان تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن، مرجع سابق ص(161).

(4) د. عبد الحميد حشيش: مرجع سابق دراسات في الوظيفة العامة، ص (170).

1. 2. 2 الشروط الواجب توافرها في الموظف العام

وكما أشارت الدراسة إلى تعريف الموظف العام في نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي[1]. حيث نصت على" أنه هو الشخص المعين بقرار من المرجع المختص، وفي وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة، أو موازنـــة إحـــدى الدوائر بما في ذلك الموظف المعين بموجب عقد، ولا يشمل الشخص الـــذي يتقاضى أجراً يومياً". ومن خلال استعراض هذا النص نستنتج بأن هناك شروطاً يجب توافرها في الموظف العام وهي:

1. التعيين من السلطة العامة المختصة.

حـــتى يُعد الشخص موظفاً عاماً، لابد أن يجري تعيينه بطريقة مشروعة وبقرار مـــن الســـلطة المختصة بالتعيين، وقد استقر القضاء الأردني على أن المركز الوظيفي للموظف لا ينشأ في الأصل إلا بالأداة المقررة قانوناً لإجراء هذا التعيين[2].

2. أن تكون الوظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف.

أي أنه لابد أن تكون هذه الوظيفة المعين بها الشخص مدرجة في نظام تشكيلات الوظـــائف الصـــادرة بمقتضــــى قانون الميزانية العامة للدولة أو ميزانية إحدى الدوائر والمؤسسات التي يقرر مجلس الوزراء سريان أحكام نظام الخدمة على موظفيها[3].

3. الخدمة في مرفق عام تديره الدولة أو سلطة إدارية إدارة مباشرة.

كذلـــك يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً فلا بد أن يكون المرفق الذي يعمل فـــيه بصفة دائميه من المرافق الخاضعة لإدارة سلطة إدارية عامة، سواء كانت سلطة مركـــزية ممـــثلة في الوزارات والمصالح العامة، أو كانت سلطة لا مركزية ممثلة في

---

(1) المادة (3) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة (2002).

(2) د. نواف كنعان: القانون الإداري، مرجع سابق، ص (31).

(3) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، الإسكندريه، 1994، ص (240).

الوظائف، فإذا تبين عدم صحة تلك الرابطة فإن المعني بالأمر لا يكون صالحاً لممارسة أعمال الوظيفة العامة وتحمل أعبائها ومسؤوليتها[1].

ويترتـــب علـــى ذلـــك عدم مشروعية الأعمال التي قد يقوم بها، ورغم ذلك فقد اســـتقر القضاء على إضفاء الشرعية في بعض الحالات على التصرفات الصادرة ممن يـــتدخل فـــي الوظيفة دون توافر السند الصحيح وعُدت هذه التصرفات سليمة ومنتجة لآثارهـــا القانونـــية أســـوة بالأعمـــال التي يقوم بها الموظفون الرسميون الذين تقلدوا الوظائف العامة طبقاً لأوضاعها الدستورية[2] حفاظاً على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحمايةً للمصلحة العامة، ومصالح الأفراد الذين تعاملوا معه بحسن نية معتمدين على المظاهر الخارجية التي تؤكد الصفة الرسمية في هذا الشخص، وقد أطلق علـــى مـــن يقوم بمثل هذه الأعمال الوظيفية وبتلك الحالة اصطلاح الموظف الفعلي أو الواقعي[3].

1. 3. 1 نشأة نظرية الموظف الفعلي

قد يتبادر إلى الأذهان أن نظرية الموظف الفعلي هي نظرية حديثة النشأة، لكنها فـــي واقع الأمر نظرية قديمة حيث بدأ ضوؤها الساطع بالظهور في شريعتنا الإسلامية السمحة التي واكبت كل التطورات وذلك مصداقاً لقوله تعالى "ونزلنا عليك الكتاب تبياناً

---

(1) د . ســـليمان الطمـــاوي: مـــبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، دار الفكر العربي. ص (135).

د . عـــبد القادر الجمال: مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، دار للنشر للجامعات المصرية ص (196).

(2) د . وحيد رأفت: القانون الإداري، دون دار نشر، سنة 1939 ص (380).

(3) د. محمـــد حامد الجمل: الموظف العام فقها وقضاء، ج1. دار الفكر الحديث للطبع والنشر 1958. ص (521).

د . ســـليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنه، دار الفكر العربي، 1966، ص (541ـــ542).

لكل شئ وهدىً ورحمةً وبشرى للمسلمين"[1]. وكذلك ظهرت هذه النظرية في تشريعات وقوانين قديمة مختلفة.

أولاً: في الشريعة الإسلامية

عرّف الفقه الإسلامي هذه النظرية منذ صدر الإسلام ورتب عليها نتائج مختلفة، وكـــان ذلك بمناسبة النظر في أمر البغاة وحكم تصرفاتهم، والبغاة هم: (الخارجون عن الإمام الحق بغير حق) [2].

فقـــد تعاملـــت الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي مع هؤلاء البغاة في استيلائهم على إقليم، أو جزء من الدولة، حيث أجازت تصرفاتهم أثناء الاستيلاء، وذلك للضرورة ولحاجة الرعية إليها، وعكس ذلك فإنه سوف يؤدي حتماً إلى الإضرار بالمصالح العامة للأفراد[3].

ومن صور الأخذ بنظرية الموظف الفعلي في الشريعة الإسلامية، ما فعله الإمام علـــى بـــن أبـــي طالب كرم ــ الله وجهه ــ عندما استرد مدينة البصرة ممن كانوا قد استولوا عليها من منكري خلافته، فإنه لم يطالب أهل البصرة بشيء مما جباه البغاة[4].

كذلك من هذه الصور فقد قرر الفقه الإسلامي في حال تعذر قيام الأئمة ونوابهم بالتصـــرف في أموال المصالح العامة، وأمكن القيام بها من جانب الأفراد، حيث عُدت

---

(1) سورة النحل،الآية رقم (88).

(2) ابن حجر العسقلاني: سبل الإسلام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام. مطبعة الاستقامة سنة 1357هـــ الجزء الثالث، ص(342).

(3) البهوتي: شرح منتهى الإيرادات، مطبعة أنصار السنة المحمدية، سنة 1974، الجزء الثالث، ص(380).

(4) البهوتـــي: كشـــف القناع عن معنى الإقناع، مطبعة مكتبة النصر الرياض، الجزء الثالث، ص (265).

تلـــك التصرفات صحيحة ونافذة، وذلك لأن الحكم ببطلانها من شأنه الإضرار بمصالح الأفراد[1].

كذلـــك عرفت الشريعة الإسلامية تطبيقات فكرة الظاهر، خاصة في مجال ثبوت النســـب في الزواج الفاسد، لقول رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ: (الولد للفراش، وللعاهر الحجر)[2].

ويقصـــد بالفراش في الزواج الصحيح الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وقت ابـــتداء الحمـــل، أما الفراش في الزواج الفاسد فإنه لا يتحقق إلا بالدخول الحقيقي، فإذا تبين أن عقد الزواج غير صحيح لافتقاده شرطاً من شروط صحته، كما لو كانت المرأة محرمة على من تزوجها، بشرط ألا يعلم الزوجان بذلك وقت العقد أنهما محرمان على بعضـــهما، فإن نسب الولد يثبت من الرجل الذي دخل بمن تزوجها زواجاً فاسداً، وذلك حفاظا على حقوق المولود الذي لا ذنب له[3].

ومن خلال ذلك يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت نظرية الموظف الفعلي، ونظرية الظاهر، وأخذت بهما.

ثانياً: القانون الروماني

القـــانون الرومانـــي كغيره من القوانين أخذ بهذه النظرية فأجاز في حالات معينة الأعمـــال والتصرفات الصادرة من الأفراد دون توافر الصفة اللازمة لذلك، شريطة أن تـــدل المظاهـــر المحيطة بتلك الأعمال إلى اعتقاد الغير بأن من قام بهذه الأعمال هو الموظف العام، وذلك حماية للغير حسن النية.

---

(1) ابـــن عبدا لسلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام. مطبعة المكتبة التجارية. الجزء الأول. ص (68).

(2) د . زكـــي الديـــن شـــعبان:الإحكـــام الشرعية للأصول الشخصية، طبعه 1968,1969، ص (602).

(3) د . عمـــر عـــبدالله: أحكـــام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية. طبعة سنة 1963. ص (120ـــ 535).

ومن أهم تطبيقات ما عثر عليه في قانون (HADRIEN) حيث ظهر أحد العبيد بمظهـــر الحر وشغل إحدى الوظائف "موثق مستندات" وقام هذا الشخص بتوثيق إحدى الوصـــايا، إلا أن الـــوارث الشرعي قام بالدفع ببطلان هذه الوصية لعدم توافر الصفة اللازمة توافرها في مثل هذا الشخص، حيث لا يجوز لهذا العبد ممارسة أي وظيفة من الوظائف، إلا أن القضاء الروماني لم يأخذ بهذا الطعن، حيث عد أن الوصية مشروعة لصـــدورها مـــن شخص يبدو أمام الكافة كما لو كان حراً طالما لم ينازعه أحد في هذه الصفة قبل اكتشاف أمره[1].

وهـــناك تطبـــيق آخـــر أشار إليه الفقيه الروماني "Ulpien" حـــول عبد يُدعى "Barbarius Philipps" هـــرب من سيده وأقام في روما وظهر بمظهر الأحرار، وبلغ به الأمـــر إلى حد اختياره حاكماً قضائياً ولما اكتشف أمره بعد ذلك، عاد إلى الرق، وثار التســـاؤل حول قيمة الأحكام القضائية التي أصدرها هذا العبد باعتباره قاضياً، فالمنطق القانونـــي يقضـــى ببطلانها لصدورها من شخص لا تتوفر له الصفة. ومع ذلك لم يتم إقـــرار الحل المتشدد كما يقول "Ulpien" واعتُرف بصحة هذه الأحكام القضائية؛نظراً لأنـــه ظهر أمام الكافة بمظهر القاضي، مباشراً العمل دون أي شك في قانونية مركزه، مما أضفى الشرعية على الأحكام التي أصدرها، وهذا يُعد تطبيقاً لمبدأ الغلط الشائع يولد الحـــق[2]. كما أنه يُعد تطبيقاً واضحاً لنظرية الموظف الفعلي لظهور العبد بمظهر الحر وقـــيامه بممارسة وظيفة التوثيق، والقضاء التي لا يجوز القيام بها إلا من قبل شخص حـــر مكلـــف بموجب القانون بذلك، ولكن حماية لمصالح الأفراد الذين تعاملوا مع هذا الشخص فاعتبر تصرفه صحيحاً.

(1) RBARBIER, Lapparence .en droit civil et en droit fiscal, These . paris, 1945,p 935)

(2) H – MAZEAUD, La maxime error communis facit jus, Rev. Trim Dr . Civ ., 1924, .

ويتبين لنا من خلال تلك الفتوى، أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتف بتطبيق مفهوم نظرية الموظف الفعلي، ولكنه بين بشكل صريح وواضح أركان هذه النظرية، والأساس القانوني لها في الظروف العادية والمتمثل في فكرة الظاهر، حيث أوجب توافر الغلط الشائع على نحو يجعل من الصعب جدا على الغير معرفة الحقيقة، وكذلك أشارت إلى فكرة حسن النية.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذه النظرية مرة أخرى في قضية مشهورة يُعدها الكثيرون هي الأساس والمنطلق في تطبيق نظرية الموظف الفعلي وهي القضية المعروفة باسم (MONTRAUGE) والتي فصلت فيها المحاكم الفرنسية عام 1883م، وتتلخص هذه القضية في أن أحد العمد فوض مساعداً له في توثيق عقود زواج فقام بإجراء عدة عقود في دار العمدية مخالفةً لأحكام القانون، فحكمت محكمة السين ببطلان ثلاثة عقود زواج أجراها المعاون، إلا أن محكمة النقض قضت بصحة تلك العقود[1].

وقد تبنى المشرع الفرنسي هذه النظرية في العديد من التشريعات، ومن ذلك أخذه بالنظرية لتصحيح تصرفات قانونية تمت أثناء أزمات سياسية وثورات داخلية انتابت فرنسا ففي 19 يوليو سنة 1871م، صدر قانون بتصحيح تصرفات عمال حكومة ثورية تولت الحكم مؤقتاً، ولم تتغلب بصفة نهائية على الحكومة الشرعية القائمة، ومع انه من المفروض أن هؤلاء الأشخاص لا يُعدون موظفين فعليين، غير أن القانون المذكور أسبغ الشرعية على هذه التصرفات طالما كانت تسوغها ضرورة سير المرافق العامة[2]. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية وبالعديد من تطبيقاتها القانونية، ومن

---

(1) مشار إليه في: د . محمد عبدالحميد أبو زيد: "دوام سير المرافق العامة"رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1975،ص (199)
مشار إليه في: د . محمد حامد الجمل: المرجع سابق، الهامش رقم 1 ص(523).

(2) مشار إليه: د . محمد مرغني خيري: الوجيز في القانون الإداري المغربي، الرباط، دار المغرب، الجزء الثاني، 1978 ص (218) .

ذلـــك ما أوردته المادة4 من القانون الصادر في 5 إبريل سنة1884، الخاص باستمرار أعضاء المجالس البلدية المطعون في صحة انتخابهم إلى حين الفصل في الدعوى[1].

وكذلـــك طـــبق القضـــاء الفرنســـي هذه النظرية؛ لإضفاء صفة الشرعية على التصـــرفات التي قام بها بعض الأشخاص إثر هروب السلطات الإدارية المختصة أمام الغزو الألماني خلال الحرب العالمية الثانية وهذا ما سنبحثه في هذه الدراسة بشكل أكثر تفصيلاً وفي نهاية هذا الاستعراض السريع لنشأة هذه النظرية في ظل القضاء الفرنسي، نـــرى أن هذه النظرية لاقت مجالاً رحباً لتطبيقها في ظل النظام اللاتيني ممثلاً بالنظام الفرنسي، سواءً كان ذلك في أحكام القضاء، أو بتشريعات قررت ذلك أو حتى في آراء الفقه التي أيدت تطبيق هذه النظرية.

رابعاً: نشأة النظرية في إنجلترا

تجـــد نظرية الموظف الفعلي معناها الأول وجذورها التاريخية في إنجلترا وذلك في النصف الأول من القرن الخامس عشر، وعلى وجه التحديد عام1431 وهو التاريخ الـــذي وجـــدت فيه أول قضية مدونة في الكتاب السنوي التاسع الصادر في عهد الملك "هنري السادس" ملك إنجلترا وقتذاك[2]، وتتلخص وقائع هذه القضية والتي تعرف باسم "THE ABBE DE FONTINE" "بمـــا يلي كان موضوع القضية يتصل بتأمين تم دفعه بوســـاطة شخص لشخص آخر يشغل منصب قسيس بشكل غير قانوني، وذلك في دير فونتيـــن، ذلك أنه وفقاً لنظام الدير فإن طريقة تولى منصب القسيس هي الانتخاب، وقد كان الشخص الذي تولى المنصب حاصلاً على أصوات قليلة لا تؤهله لتولى المنصب،

---

(1) مشار إليه: د . مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق. ص (56).

(2) "The De Facto Officer Doctrine" Columbia Law Review Vol. 113, 1963, New York, Page (907) .

وبالـــرغم مـــن ذلك فإنه نجح في أن يمكن لنفسه تولي المنصب وأن يجعل الناس تعتقد بصحة ذلك، بناءً على ذلك تولى منصب القسيس[1].

بعد ذلك بفترة قام القسيس الجديد والمنتخب بشكل قانوني في شغل المنصب بدلاً من القسيس الأول. وقد تم توجيه الطعن الذي تم التقدم به للمحكمة إلى القسيس الجديد، باعتـــبار أنه قد تولى المنصب بشكل غير قانوني وذلك لكونه قام بدفع تأمين الانتخاب لقســيس ليســت له سلطة قانونية في ممارسة مهام القسيس المسؤول عن الدير، والذي يدخل ضمن مسؤولياته استلام مبلغ التأمين للانتخاب الخاص بالدير[2].

هــذا وعلى الرغم من أن الحكم بالقضية قد ترك موضوع نتائج الانتخابات غير محســوم، إلا أن غالبية الفقهاء يذهبون إلى أن نظرية الموظف الفعلي قد طبقت هنا من أجل الإلزام بتحصيل التأمين وتصحيح ما ترتب عليه من نتائج.

وهذه القضية التي أشرنا إليها ليست القضية الأولى لتطبيق نظرية الموظف الفعلي في انجلترا، فقد وجدت العديد من القضايا قبل هذا التاريخ، ولعل أبرز هذه القضايا هي تلك التي أوردها بلاكستون في تعليقاته، والذي يُعدّ أول التقارير القضائية الصادرة في عهــد الملك ريتشارد الأول، فوفقاً لهذا التقرير، فقد حدث في عام1198م، أن طلب من شــاغل لمنصـــب كنائسي بشكل غير سليم أن يثبت أساس حيازته لهذا المنصب، وذلك باســتخدام طريقة طعن غير مباشرة تعرف باسم(QUO WORNANTO) بمعنى إثبات قانونية شغل الوظيفة العامة،أو شرعيتها[3].

---

(1) مشار اليه د . محمد عبدالمحسن المقاطع ، "بحث بعنوان نظرية الموظف افعلي دراسة في القضـــاء والفقه في النظام الانجلو سكسوني" مجلة الحقوق، جلمعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، لعام 1997م ص (595) .

(2) Albert Contantineau (De Facto Doctrine) Institute of Advance Legal Studies,New York , 1910 p.a (7).

(3) Paul .J. Dellasega "Quo warranto "Pennsylvania"Standards and New Development. P (9-10) .

التي جعلت المشرع الإنجليزي يتدخل من أجل وضع قانون خاص بهذه النظرية في تلك الفترة التي أشرتُ لها سابقاً.

1. 3. 2 تعريف الموظف الفعلي

تعرضـنا فـيما سـبق إلى مفهوم الموظف الفعلي، بعد أن تعرفنا على تعريف الموظف العام، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الفقه للموظف الفعلي، وبما أن هـذه الـنظرية هـي إحدى النظريات القضائية العديدة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسـي، وهـو بصدد بحثه عن الحلول العادلة للمنازعات المطروحة أمامه، وكعادة الفقه فقد تناول هذه النظرية بالشرح والتفسير.

حيـث عـرفه بعـض من الفقه الأردني "بأنه الشخص الذي صدر تعيينه بقرار خاطـئ أو معيب، أو لم يصدر بتعيينه قرارٌ إطلاقا"[1]، وعرفه البعض الآخر من الفقه الأردني بأنه "الموظف الذي يشغل في ظروف معينة وظيفةً ويمارس صلاحياتها ويتخذ القرارات التي تخوله إياها هذه الوظيفة عقب تأهيل غير مشروع"[2].

أما من جانب الفقه المصري حيث عرفه البعض"بأنه الشخص الذي لا اختصاص لـه بصـفة عامـة فـي اتخاذ إجراء إداري معين"[3]. وعرفه البعض الآخر من الفقه المصـري بأنـه "الشخص الذي يعين في وظيفة معينة، دون إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة في تعيينه فيقع حينئذٍ قراراً باطلا"[4]، وكذلك عرفه البعض من الفقه المصري

---

(1) د . نـواف كـنعان: القانون الإداري، الكتاب الثاني، 2003، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص (32).

(2) د. علـي خطار شطناوي: مبادئ القانون الإداري الأردني، ك 2، مطبعة الجامعة الأردنية 1996 ص(179).

(3) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق، ص (519).
د . عبد القادر الجمال: مرجع سابق، ص (196).
د . سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص (135).

(4) د . محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع في القانون الإداري، 1999، دار النهضة العربية. ص (609).

"إلى أن الموظف الفعلي هو ذلك الشخص الذي يعترف القضاء – في بعض الظروف– بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة، رغم أنه لم يعين تعييناً صحيحاً وما يزال ساري المفعول في الوظيفة التي مارس اختصاصها[1].

وأخيرا فقد عرفه الدكتور مجدي يوسف بأنه "ذلك الشخص الذي يشغل الوظيفة دون توافر الصفة اللازمة لبطلان تعيينه أو انتهاء أثره، أو لعدم وجوده من الأصل، وذلك في ظروف معينة تستوجب إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة منه، واعتبارها كما لو كانت صادرة من الموظف العام"[2].

وقد عرفه بعض من الفقه الفرنسي بأنه "كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توافر السند الصحيح"[3].

وقد عرفه (gaston Jeze) وهو مؤسس هذه النظرية بأنه "هو كل شخص يشغل الوظيفة في ظروف معينة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصها، ويقوم بمزاولة أعمالها سواءً كان عدم صحة شغله للوظيفة يرجع إلى بطلان سند توليه لها أو انتهاء أثره[4].

وتعرف الدراسة الموظف الفعلي بأنه "هو الشخص الذي عين تعييناً معيباً أو لم يصدر أي قرار بتعيينه". فهو يمارس اختصاصاً ليس من اختصاصه لأن قرار التعيين الذي صدر له هو في الأصل قرار معيب، أو أنه يمارس الاختصاص، ولكن لم يصدر قرار تعيين له.

وفي الحقيقة إذا ما نظرنا إلى التعريفات السابقة جميعها فإننا نجد أنها جميعاً تتفق على ضرورة توافر شرطين لتطبيق نظرية الموظف الفعلي، وهما:

---

(1) د . ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، طبعه سنة 1982. ص (389).

(2) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق. 1988. ص (79).

(3) ROUSSEAU, essai dune theorie de la function des fonctionnaires de fait , PARIS 1914

(4) G. JEZE, Les Principes . Generaux . du droit. administratif . 3 ed , Tom II.Op,Cit. p(59) .

الشرط الأول: تخلف الصفة القانونية اللازمة في الشخص الذي يشغل الوظيفة.

الشـــرط الثاني: وجود أو توافر ظروف معينة تستوجب إضفاء الشرعية على تصرفات هذا الموظف الفعلي، والتي سوف نبحثها ضمن هذا الفصل في المطلب الثالث.

وبعـــد تعـــريف الموظف الفعلي، يجب بيان أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين الموظف.

أولاً: تمييز الموظف الفعلي عن الموظف العام

إن التعييـــن فـــي الوظـــيفة العامة يحكمها العديد من المبادئ التي يترتب على مخالفـــتها بطـــلان قـــرارات التعيين، كما أن التعيين يمر بمراحل تمهيدية وتحضيرية متـــنوعة ومـــتعددة لا يجوز غض النظر عنها أو تجاهلها وإغفالها، باعتبارها ضمانة مهمـــة لمشـــروعية قـــرارات التعيين، وبناء على ذلك فإن للتعيين في الوظائف العامة شروطاً وإجراءات معينة[1].

لكـــن قـــد يحـــدث في بعض الأوقات وفي ظروف معينة أن يتولى أحد الأفراد مباشـــرة الوظيفة العامة دون أي تأهيل قانوني أو يكون التأهيل القانوني الذي يتمتع به الشـــخص معيباً، فنقول عنه موظفاً فعلياً، أو موظفاً ظاهراً، وكما أشارت الدراسة بداية هـــو الشخص الذي يشغل في ظروف معينة وظيفة معينة، ويمارس صلاحياتها ويتخذ القرارات التي تخوله إياها هذه الوظيفة عقب تأهيل غير مشروع[2].

أمـــا الموظف القانوني فهو الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو السلطات الأخرى بالطريق المباشر بناء على تعيين يصادف قبولاً لدى الموظف[3].

---

(1) د . محمد أبو زيد: مرجع سابق، ص (598).

(2) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق، ص (74).

(3) د . توفـــيق شـــحاتة: مـــبادئ القانون الإداري. ج1، دار النشر للجامعات المصرية. سنة 1955 ص(456- 457).

ومـــن خلال ذلك يتبين لنا أن الموظف القانوني والموظف الفعلي كلاهما يشغلن الوظـــيفة، ويمارســـان صـــلاحياتها، ويتخذ كلا منهما القرارات التي تخوله إياها هذه الوظيفة، لكن الاختلاف يكمن في التأهيل ومدى مشروعية التأهيل .

فالتأهيل موجود في الحالتين، لكنه مشروع في حالة الموظف القانوني، في حين أنه تأهيلٌ غير مشروع في حالة الموظف الفعلي[1]، وعدم المشروعية في حالة الموظف الفعلي قد تكون أحيانا منذ البداية كالتعيين أو الانتخاب، كأن يعلن تعيين أو انتخاب أحد الأشـــخاص خطـــأً لشغل إحدى الوظائف العامة، وبعد ذلك يطعن في تعيينه أو انتخابه ويقضي القضاء ببطلان هذا التعيين أو الانتخاب.

وأحـــياناً أخـــرى تكون عدم المشروعية لاحقة وتالية كما هو في حالة انتهاء خدمات الموظف العام لأي سبب من الأسباب، أو في حالة حل المجالس أو انتهاء مدة التعييـــن أو الانـــتخاب[2]، ويظهر الموظف الفعلي في حالتين مختلفتين: في الظروف العاديـــة وفـــي الظروف الاستثنائية، التي سوف نمر عليها في الفصل الثاني من هذه الدراسة بشكل أكثر تفصيلا.

ثانياً: تمييز الموظف الفعلي عن منتحل الوظيفة

منـــتحل الوظيفة العامة هو "الشخص الذي يشغل الوظيفة، ويمارس مهامها دون أي تأهيل قانوني، فهو يدعي انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق[3]، وتختلف الصورة العملـــية لمنتحل-الوظيفة العامة في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية ففي الوقـــت الـــذي تقتصـــر فيه الظروف العادية على حالة واحدة أو فرد بعينه كأن ينتحل شـــخص صفة كاذبة كأن يدعي بأنه من رجال الأمن أو الجيش أو المخابرات العامة أو أي صفة أخرى قد يجني من ورائها مكسباً مادياً.

---

(1) د. سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي 1979، ص (393).

(2) د . سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص (394).

(3) د . محمد أبو زيد: مرجع سابق، ص (600).

أو يدعـــي شخص بأنه من جباة الضرائب، ومكلف من قبل الدولة في جمعها[1]، في حين أنها تمتد في الظروف الاستثنائية وتكون جماعية وهو ما يحدث غالباً في ظل الحكومات الثورية، وتتفق الحكومة الثورية والحكومة الفعلية في أن كلاً من الحكومتين تستولي على السلطة دون أن تتقلدها طبقاً للأوضاع الدستورية المشروعة، ولكن رغم هـذا التشابه بينهما إلا أنه في الحكومة الفعلية تختلف الحالة حيث تعتلي هذه الحكومة زمام السلطة بصفة نهائية نتيجة لاختفاء الحكومة الشرعية.

لذلـــك فـــإن عمال الحكومة الفعلية يُعدون في حكم الموظفين القانونيين بالمعنى الكامل، وتعد أعمالهم صادرة عن موظفين قانونيين[2]، وخير مثال على ذلك من التاريخ الفرنســي حكومــة الدفـــاع الوطني التي اعتلت زمام السلطة بصفة نهائية عام1870 وحكومـــة (فيشـــي) التي حكمت فرنسا بزعامة "المارشال بتيان" بعد سقوط فرنسا في الحرب العالمية الثانية سنة 1944م[3]، فكانت مجرد حكومة شكلية ليس لها سند قانوني، وكان نفوذها يقتصر على الجزء الذي لم تحتله ألمانيا.

في حين أن الحكومة الثورية حكومة خارجة على الحكومة الشرعية، وتكون في حالة صراع دائم معها، وما دامت هذه الحكومة الثورية لم تستولِ على زمام الأمور أو السلطة، فإنه لا يعترف بأي وجود قانوني لها، ويعد عمالها من قبيل المغتصبين للسلطة العامة[4].

ومنـــتحل الوظـــيفة لا يُعـــد فضولياً؛ لأنه لم يكن متبرعاً بالخدمة التي أداها وإنما مغتصـــب لهـــا، فهو بذلك يُعد شخصاً سيء النية وتصرفاته التي قام بها لا نستطيع أن

---

(1) د . طعيمه الجرف: القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1985، ص (287).

(2) د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري. دراسة مقارنه، دار النهضة العربية، سنة 1966، ص. (549-550).

(3) مشار أليه د . محمد أبو زيد: مرجع سابق، ص (602).

مشار أليه د . سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص (395).

(4) د . توفيق شحاتة: مرجع سابق، ص (469).

نقــول إنها لمصلحة الإدارة أو أن هدفه كان المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإنما كان هدفه من ذلك تلبية رغباته الشخصيه.

ومنـــتحل الوظـــيفة لا يُعـــد بحـــال من الأحوال موظفاً عمومياً ولا تلزم الإدارة بتصـــرفاته ولا تكـــون تصرفاته مع الأفراد ذات صبغة قانونية فهي في جملتها باطلة ومعدومـــة[1]، ويتعرض منتحل الوظيفة العامة لعقوبات جزائيه رادعة تقررها مختلف قوانين العقوبات، حيث نجد مشرعنا الجزائي الأردني قد تعرض لهذه الحالة في المواد (201,202) من قانون العقوبات الأردني حيث نصت المادة (201) على أنه:

1. من أقدم علانية ودون حق على ارتداء كسوة رسمية أو ارتداء ما هو مخصص لرتبة فوق رتبته عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة.
2. كـــل مـــن تقلد علانية ودون حق وساما أو شارة أو زيا من أزياء أو أوسمة أو شارات الدولة يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسين دينارا.
3. كل أردني تقلد علانية دون حق أو بغير إذن جلالة الملك وساماً أجنبياً يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرة دنانير".

ونصـــت المـــادة (202) مـــن قانون العقوبات الأردني المؤقت رقم (33) لسنة (2002) على ما يلي:

1. يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من.

أ. انـــتحل شخصية موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية في مناسبة كان فيها ذلك الموظف مكلفاً بالقيام بفعل أو بالحضور إلى مكان بحكم وظيفته.

ب. تظاهر دون وجه حق بأنه موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية وادعى بأن من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال أو أن يحضر إلى مكان من الأمكنة لأجل القيام بأي فعل بحكم وظيفته.

---

(1) د . عبدالمنعم محفوظ : الوسيط في القانون الإداري الكتاب الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى القاهره،،1980 .ص(316).

2. ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين إذا اقترف أياً من الأفعال المذكورة في الفقرتين السابقتين وهو مرتدياً في أثناء العمل زياً أو شارة خاصين بالموظفين".

وقد عالج المشرع الجزائي المصري هذه الحالة في قانون العقوبات المصري[1]، وكذلك المشرع الفرنسي[2].

ثالثاً: تمييز الموظف الفعلي عن مغتصب السلطة

سبق وأن أوضحت الدراسة أنه لا يتولى الوظيفة العامة ويباشرها إلا من يتولاها قانونيا أي طبقا للشروط والإجراءات المعينة، ومن يتقلدها أو يتولها دون مراعاة هذه الشروط أو تلك الإجراءات يُعد مغتصباً لها.

ومغتصب الوظيفة العامة هو ذلك "الشخص الذي يعتلي الوظيفة ويباشرها دون سابق قرار مشروع أو غير مشروع بتعيينه فيها، فهو يدعي انتماءه للوظيفة العامة ويقحم نفسه فيها دون وجه حق[3] وكذلك الشخص الذي ترفع عنه الصفة الوظيفية لسبب من الأسباب، ولكنه مع ذلك يستمر في مباشرة اختصاصها والقيام بمهام هذه الوظيفة[4].

ومن خلال موقف الفقه، والقضاء في فرنسا ومصر والأردن، فإن اغتصاب

---

(1) حيث نصت المادة (155) من قانون العقوبات المصري على أنه "من تداخل في وظيفة من الوظائف العمومية ملكية كانت أو عسكرية من غير أن تكون له صفة رسمية من الحكومة أو أذن منها بذلك، أو أجرى عملاً من مقتضيات إحدى هذه الوظائف يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً." ونصت المادة (156) من قانون العقوبات المصري على أنه "كل من لبس علانية كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً للرتبة التي تخول له ذلك أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها ".

(2) انظر نص المادة (197) من قانون العقوبات الفرنسي ونص المادة (258).

(3) De laubadere:Trate elementave de droit administratif Op . Cit .p .383. Jeze: Les prin gener, Op. Cit . p. 284 .

(4) د. سليمان الطماوي: القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة. دراسة مقارنه، دار الفكر العربي، سنة 1961، ص (538-539).

الوظيفة أو السلطة يتم في حالتين وهما:

الحالة الأولى:

وتتمـــثل هـــذه الحالـــة في قيام أحد الأشخاص بممارسة الوظيفة العامة دون أن تـــتوافر له أي صـــفة قانونـــية تخوله ممارسة مهام الوظيفة العامة، وتشمل هذه الحالة استمرار الموظف في ممارسة الوظيفة العامة رغم بطلان قرار التعيين، أو توقف قرار التعيين وانعدام أثره، أو تدخل شخص أجنبي عن الوظيفة.

الحالة الثانية:

وتـــتعلق هـــذه الحالة بالاعتداء على قواعد الاختصاص، كما لو اعتدى موظف علـــى ســـلطة المشـــرع أو القضاء، أو ممارسته لسلطة التقرير التي يفتقدها، أو قيامه ببعض الأعمال أو التصرفات التي تُعد مخالفة جسيمة لقواعد الاختصاص، وقد حددت محكمـــة العدل العليا حالات انعدام القرار الإداري فيما يلي:"يُعد القرار منعدماً إذا كان مشـــوباً بعيـــب جســـيم، ويكون ذلك إذا صدر القرار من فرد عادي أو هيئة لا تختص أصلاً بمزاولة هذا الاختصاص أو صدر القرار من سلطة في شأن من اختصاص سلطة أخرى، كأن تتولى السلطة الإدارية عملاً من أعمال السلطتين القضائية أو التشريعية، أو إذا أصدره مـــوظف ليس من واجبات وظيفته أن يصدر قرارات إدارية..." [1].

وهنالك تطبيقات عملية لمغتصب الوظيفة العامة في الظروف العادية والظروف الاســـتثنائية، ومـــن تطبـــيقات الظروف العادية، حالة انتحال شخص صفة أحد رجال الشرطة، ويقوم بمباشرة سلطاته على هذا الأساس[2].

---

(1) عدل عليا :رقم 267 / 2000 مجلة نقابة المحامين 2001، العدد (1، 2، 3) السنة التاسعة والأربعون، ص (47).
عـــدل علـــيا :رقم 155/ 2000، مجلة نقابة المحامين، 2001، العددان العاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والأربعون، ص(1943).

(2) د. طعيمه الجرف: مرجع سابق، ص(287).

يكون سيء النية وكذلك المغتصب، والصحيح -حسب رأى هذا الجانب - أن تمييز كل منهما عن الآخر يعود إلى الظروف التي تحيط بكل منهما، فإذا كانت تلك الظروف من شأنها إيهام الغير بغير الحقيقة ودفعه إلى الاعتقاد بصحة شغل الوظيفة، عُد ذلك الموظف موظفاً فعلياً، أما إذا كانت تلك الظروف ليس من شأنها دفع الغير إلى الغلط عُد من يشغل الوظيفة مغتصباً[1].

أما في الظروف الاستثنائية، وهي الصورة الأكثر انتشاراً حيث تتخذ شكلاً جماعياً حيث تشمل ممارسة عدد كبير من الأفراد مهام الوظيفة العامة من تلقاء أنفسهم أو بناءً على تكليف من حكومة ثورية، ويكون قرار الحكومة الثورية بتقليدها لهؤلاء الأشخاص للوظيفة العامة منعدم الوجود من الناحية القانونية، لذلك فلا يمكن النظر إليهم إلا على اعتبار أنهم مغتصبون للسلطة وللوظيفة العامة، وبالتالي لا يحق لأي شخص منهم مطالبة الإدارة بما أنفقه أثناء ممارسته للوظيفة العامة.

وهناك بعضاً من الفقه يرى بأن مطالبة الإدارة باسترداد تلك النفقات تكون مستندة إلى نظرية الإثراء بلا سبب دون الفضالة؛ لأن الفضولي إنما يقصد بفعله مختاراً أداء خدمة للغير بشرط ألا يناله من هذه الفضالة أي غرم مالي؛ أي أنه متبرع بالخدمة ذاتها دون تكاليفها، ويعمل لمصلحة غيره[2].

رابعاً: مسوغات الأخذ بنظرية الموظف الفعلي

إن تطبيق القواعد القانونية المجردة على إطلاقها يؤدي إلى القول بعدم الاعتراف للموظف الفعلي بأية صفة قانونية في ممارسة أو إدارة أعمال الوظيفة العامة وهو ما يتضمن بسببه الحكم على جميع تصرفاته بالبطلان[3].

---

(1) د . مجدي عز الدين: مرجع سابق، ص (82).

(2) د. محمد عبد الحميد أبو زيد: مرجع سابق، ص (603).

(3) د . عبدالمنعم محفوظ: مرجع سابق ص (317)

د . ماجد الحلو: بحث بعنوان" نظرية الظاهر في القانون الإداري "مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنه الرابعة، العدد الأول سنة 1980. ص (60).

غير أن تطبيق القواعد القانونية المجردة التي ترتب بطلان تصرفات الموظف الفعلي قد يلحق ضرراً جسيما بجمهور الأفراد المتعاملين مع المرفق العام، والذين يكونون قد اعتمدوا بحسن نية على المظاهر الخارجية التي تساعد على تأكيد الظن بتوافر صفة الموظف العمومي؛ لذلك لزم احترام مصالحهم المتولدة عن تعاملهم مع هذا الموظف سواء أكان هذا الموظف حسن النية أم سيء النية؛ لأن الاستثناء قد شرع لمصلحة الجمهور[1]، من ناحية ثانية تقتضي المصلحة العامة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي ترتكز هذه النظرية على مسوغين أساسيين هما:

المسوغ الأول:

يقوم على أن مصلحة الغير المشروعة تقتضي أن تُعد القرارات الإدارية الصادرة من الموظف الفعلي الذي تعامل معه الغير مشروعة، حيث يتوافر للموظف الفعلي مظهر التعيين في الوظيفة العامة، ويبدو في أعين الكافة وكأنه يشغل وظيفته على نحو قانوني على خلاف الحقيقة والسبب في ذلك أنه يصعب عملياً على الأفراد التحقق من وجود مشروعية التأهيل القانوني الذي يتمتع به الشخص الذي يجمع مظاهر الموظف العام[2].

المسوغ الثاني:

يقوم هذه المسوغ على أن المصلحة العامة تقتضي في الظروف الاستثنائية أن يكون سير المرافق العامة قانونياً ومشروعاً بلا توقف أو انقطاع ويُعد مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ضرورة اجتماعية ملحة لا غنى عنها وهو الأساس للتنظيم السياسي والإداري في الدولة الحديثة.

فضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تقتضي الاعتراف بسلامة التصرفات الصادرة عن الأفراد الذين يتدخلون في إدارة المرافق العامة مادامت تلك التصرفات تهدف إلى استمرار سير المرافق العامة؛ نظراً لأهمية الخدمات التي تقدمها

---

(1) د . سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص (393).

(2) د . علي خطار شطناوي: مبادئ القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص (282)

تلــك المــرافق، وتعلقها في معظم الأحيان بالحاجات الأساسية للمواطنين، والمرتبطة بحياتهم اليومية[1].

وتــرى الدراســة أن نظرية الموظف الفعلي ما هي إلا أحد المبادئ الهامة التي تهدف إلى استقرار الأعمال الحكومية، التي تتطلب استمرارية عمل الوظيفة الحكومية، والمحافظــة علــى الحقــوق المكتسبة للأفراد من قبل الموظف الفعلي، كذلك فإن هذه النظرية تعمل على إيجاد إدارة حكومية فعالة، ذلك أنه لو تم تعطيل هذه النظرية وعدم العمل بها، فإن الموظف القانوني أو الموظف العام سيكون مضطراً إلى إعادة النظر في العديــد مــن التصرفات التي اتخذها الموظف الفعلي أثناء قيامه بمهام الوظيفة العامة، فحالــة الازدواجــية والتكرار في أداء العمل الحكومي ستكونان تبديداً جسيماً للموارد والطاقــات الحكومــية، وبالتالي زعزعة ثقة المواطنين بالوظيفة العامة بشكل خاص، وبالدولة بشكل عام.

ومــن أجــل هــذه المســوغات العملــية يتغاضى الفقه والقضاء الإداري عن الاعتبارات القانونية المجردة ويصحح في مقابل ذلك تصرفات الموظفين الفعليين[2].

1. 3. 3 شروط تطبيق نظرية الموظف الفعلي

يشترط لقيام نظرية الموظف الفعلي شرطين اثنين وهما:

الشــرط الأول: انتفاء الصفة أو تخلف الصفة القانونية للموظف الفعلي، الشرط الثاني: توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية.

أولاً: انتفاء الصفة الوظيفية أو تخلف الصفة القانونية للموظف الفعلي

ويرجع تخلف الصفة القانونية للموظف الفعلي إلى إحدى حالات ثلاث وهي:

الحالة الأولى عدم شرعية سند شغل الموظف الفعلي للوظيفة العامة.

---

(1) د . مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق، ص (310).

(2) د. عبدالمنعم محفوظ: مرجع سابق، ص (317).

د سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص (394).

الحالة الثالثة: انعدام سند شغل الوظيفة.

وفـــي مـــثل هذه الحالة يقوم شخص عادي بممارسة الوظيفة العامة دون توافر السـند القانوني اللازم لشغلها، حيث يتدخل في شؤونها ويقوم بمزاولة أعمالها، ويعتاد الأفراد على مشاهدته في إشغال هذه الوظيفة، فيعتقدون أنهم بتعاملهم معه إنما يتعاملون مـــع موظف رسمي، ففي مثل هذه الحالة كذلك نطرح التساؤل الآتي: ما مدى شرعية تصرفات هذا الموظف في مثل هذه الحالة؟ وسوف نرجئ الإجابة عن هذا التساؤل إلى الفصل الثالث من هذه الدراسة ضمن آثار نظرية الموظف الفعلي، وهذه هي أهم حالات انتفاء الصفة القانونية للموظف الفعلي.

ثانياً: توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية

تعمـل نظـرية الموظـف الفعلي في نوعين مختلفين من الظروف للتخفيف من الآثار القانونية العادية لعيب عدم الاختصاص، ويختلف الأساس النظري الذي تقوم عليه في الحالتين، ففي الأحوال العادية تقوم على أساس حماية الأشخاص حسني النية اعتمادا على الظاهر، وفي الأحوال غير العادية تقوم على أساس فكرة الظروف الاستثنائية، فإذا لـم يتوافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية فلا يمكن تطبيق نظرية الموظف الفعلي ولا تكـون للتصرفات الصادرة منه أي أثر قانوني، حتى ولو كان الغير حسن النية يجهل انتفاء الصفة القانونية فيمن يمارس الوظيفة العامة.

1. 4 الأركان الواجب توافرها لإعمال نظرية الموظف الفعلي

يشترط لقيام نظرية الموظف الفعلي كنظرية عامه توافر ركنين هما: الركن المادي، والركن المعنوي، ويتعلق الركن المادي بالمظاهر الخارجية التي يمارس من خلالها الموظف الفعلي مختلف أعمال الوظيفة، وقد ترجع تلك المظاهر الخارجية إلى تصرفات الإدارة وما تتركه من انطباع لدى الغير، وقد ترجع إلى تصرفات الموظف الفعلي نفسه لكنها مستقلة تماماً عن الغير.

أما الركن المعنوي، فهو ركن لصيق بشخص الغير الذي ينخدع بالمظاهر الكاذبة، وسنبحث في هذين الركنين بشيء من التفصيل، حيث نتناول في المطلب الأول: الركن المادي، وفي المطلب الثاني: الركن المعنوي.

1. 4. 1 الركن المادي

يتمثل الركن المادي في العنصر، أو العناصر اللازمة لنظرية الموظف الفعلي سواء لوجوده أو للاستدلال عليه، حيث قد يستدل على هذا الركن بالمظاهر الخارجية التي يمارس من خلالها الموظف الفعلي مختلف أعمال وظيفته، وقد ترجع تلك المظاهر الخارجية إلى تصرفات الإدارة وما تتركه من انطباع لدى الغير، كما لو قامت بتوفير كافة المظاهر الخارجية التي تدل على أنه موظف رسمي أو موظف عام، فيعتمد الركن المادي لهذه النظرية على توافر شواهد خارجية، تبدو مظهراً لمركز قانوني، مما يدعو الغير إلى الاعتقاد بأن هذا الموظف هو الموظف العام فهما –أي الموظف الفعلي، والموظف العام– وفي هذا الركن تحديداً يتشابهان في عناصر الوجود، أو في الممارسة لمهام الوظيفة[1].

وقد تباينت وجهات نظر الفقهاء في تحديد المقصود بالركن المادي في نظرية الموظف الفعلي، حيث ذهب بعض من الفقه[2]، إلى القول: إن المقصود بالركن المادي هو توافر حيازة مركز الموظف الرسمي بما تتطلبه هذه الحيازة من قيام الموظف الفعلي بالأعمال التي يقوم بها الموظف العام، أو الرسمي المختص، وممارسة اختصاصات الوظيفة المقررة بموجب القوانين والأنظمة بشكل علني، مع شغله الموقع المخصص لممارسة الوظيفة وارتدائه، الزي الرسمي المخصص لها إن وجد ذلك، وكذلك حيازته لمختلف الأوراق والسجلات والأجهزة الخاصة بها.

---

(1) د . مجدي عزالدين يوسف، مرجع سابق، ص (248).

(2) Voir: L. LEDOUX , Essai d`une theorie sur la fonction de fait, revue generale d`administration, 1912, P(402).

د. ماجد راغب الحلو: مرجع سابق (74)

وذهب البعض الآخر من الفقه الإداري[1]، إلى أن فكرة حيازة المركز الظاهر أمر تتطلبه نظرية الظاهر في القانون الخاص، ولا يقتضيه الأمر في القانون العام، بل يكفي فقط مجرد الممارسة الوقتية أو العرضية للوظيفة العامة لقيام الظاهر، ويرجع ذلك إلى أن الظاهر في القانون الخاص يتطلب قدراً مناسباً من الحيطة والحذر فإذا تقدم أحد الأشخاص لشراء عقار فيجب عليه أن يتأكد من أنه يشترى من مالك حقيقي، وليس من مالك يظهر بمظهر المالك، وذلك بعكس الوضع في القانون العام حيث يسمح للمشتري أن يتأكد من أن هذا الشخص هو المالك الحقيقي للعقار، في حين أنه من غير المعقول أن نكلف كل المراجعين أن يتأكدوا بأن هذا الموظف هو الموظف الرسمي فهذا غير معقول فمجرد التعامل مع شخص يمارس الوظيفة، العامة في المكان المخصص لذلك يكفي للاعتقاد بتوافر الصفة دون حاجة للتأكد من سند شغل هذه الوظيفة ويأتي هذا الاعتقاد الخاطأ لدى الغير بطريقة سائغة ومقبولة. ويرى هذا الجانب أنه من الواجب استبعاد فكرة الحيازة من نطاق الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي لسببين هما:

السبب الأول:

إن الظاهر بطبيعته يقتضي الذيوع والانتشار والعلانية، وهو ما يتوافر من مجرد ممارسة الوظيفة العامة، بعكس الوضع في القانون الخاص؛ لأن القيام ببيع عقار كما في المثال السابق لا يكفي لتوافر العلانية اللازمة لتوافر الظاهر فقط، بل يتطلب التأكد من صحة الظاهر[2].

السبب الثاني:

إن طبيعة العلاقات التي ينظمها القانون الخاص تتطلب من هؤلاء الأشخاص التأكد من صحة بعض الوقائع، كما لو قام أحد الأشخاص بشراء عقار أو منقول من شخص آخر باعتباره وكيلاً أو وارثاً، فيتطلب من هذا الشخص وهو(المشتري) أن يتأكد

---

(1) Voir : L, NAUROIS, A propose de l` erreur commune, Revue de droit canonique, 1964 , P (320) .

(2) R . PETETIN, La nature juridique de L`apparence, these precitee,Paris,1966 Op.Cit, p . (42) .

مــن صـــحة سند الوكالة، أو صحة امتلاكه للعقار بالميراث، ولا شيء يعفيه من ذلك الالــتزام، بعكــس مــا هو متعارف عليه في القانون العام، فمجرد التعامل مع شخص يمارس الوظيفة العامة في المكان المخصص لذلك يكفي للاعتقاد بتوافر الصفة اللازمة لشغل الوظيفة، دون حاجة إلى البحث عن سند شغل الوظيفة العامة.

ولهذا يرى الفقيه الفرنسي[1]، (JEZE) "أن العبرة بتوافر المظاهر المادية الكافية لتوليد الاعتقاد الخاطأ لدى الغير، أن يكون هناك شغل للوظيفة بطريقة شائعة أو مقبولة، وأن تتم ممارسة الوظيفة بطريقة عادية على مرأى ومسمع من العامة، دون أن يحيط بها أي نزاع يتعلق بمدى شرعية شغلها، كما يجب أن تنظر الإدارة والأفراد على حد سواء إلى من يشغل الوظيفة باعتباره موظفاً عاماً. ويتم التعامل معه على هذا الأساس، مما يعني أن تكون أوجه عدم المشروعية التي تحيط بتولي الوظيفة من الخفاء، بحيث لا تقتصر فقط على خداع الأفراد المتعاملين مع الموظف، بل قد تمتد لخداع الغير أيضاً، فمن الواجب أن تتضافر الظروف جميعها لخداع الغير ودفعه إلى الوقوع في الغلط؛ لاعتقاده بشرعية شغل الموظف للوظيفة".

وقد ذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي[2]، (DE.SOTO) إلى أن توافر الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي بما يعنيه من توافر المظاهر المادية اللازمة لتوليد الاعتقاد الخاطأ هي مسألة واقعية تتوقف على الظروف المحيطة بكل حالة على حده، ولهذا فإن دور القضاء يتعاظم في هذا الأمر، ويقع على عاتقه تقدير تلك الظروف وبيان مدى كفايتها لتوليد الاعتقاد لدى الغير، حيث يتطلب من القاضي أن يأخذ في الاعتبار مختلف الظروف السياسية والاجتماعية التي عاصرت شغل الوظيفة، وكذلك الفترة الزمنية التي استمر خلالها الموظف الفعلي في ممارسته لهذه الوظيفة، فلا شك أن طول

---

(1) G . JEZE , Les principes generaux du droit adminstratif , Op .Cit.,p.(299)

(2) DE. SOTO, contribution a` la Theorie des nullites des actes adminisretifs unilateraux, These paris, 1941,p.(67) .

الفترة الزمنية على ممارسة هذه الوظيفة من شأنه توليد الثقة الكاملة لدى المتعاملين مع ذلك الموظف.

وباختصار فإن المعول عليه في توافر الظاهر هو الظروف الواقعية التي تحيط بممارسة الوظيفة، أما أوجه عدم المشروعية نفسها التي عملت من المركز الظاهر مركزاً مخالفاً للقانون، فإنها ليست ذات أهمية في تقدير قيام الركن المادي، حيث لا يهم أن يكون مصدر عدم الشرعية يعود إلى قيام جهة إدارية غير مختصة، أو لا تملك سلطة التعيين بإصدار قرار التعيين[1]، أو قيام جهة إدارية مختصة بإصدار قرار باطل بالتعيين، أو يرجع إلى عدم مشروعية الوظيفة نفسها التي يشغلها الموظف لقيامها بناءً على نظام، في حين أن الأمر يقتضي إصدار قانون به[2]، فلا يهم سبب تخلف الصفة، فالعبرة بمدى كفاية المظاهر المحيطة بشغل الوظيفة.

ويـرى جانب آخر من الفقه الفرنسي[3]، أن الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي يتطلـب أمرين: أولهما توافر الوجود القانوني للوظيفة، وثانيهما: ممارسة اختصاصات هذه الوظيفة. وسوف تقوم الدراسة بتوضيح هذين الأمرين.

1. الوجود القانوني للوظيفة:

عند الحديث عن نظرية الموظف الفعلي، وعن الموظف الذي يشغل هذه الوظيفة بطريقة غير مشروعة مع توافر كافة المظاهر الخارجية التي تساعد على تأكيد الظن بتوافر صفة الموظف العام أو الرسمي، فلا بدأن يكون هنالك وجود قانوني لهذه الوظيفة أولاً، حيث لا يجوز الخوض بهذا الموضوع ما لم يكن هنالك وجود قانوني لهذه الوظيفة، فمن غير الممكن أن يؤدي ذلك إلى خلق مظهر مخادع يستتر خلفه شاغل الوظيفة، لذلك

---

(1) د. شوقي محمد صلاح: رسالة دكتوراه ،نظرية الظاهر في القانون المدني، جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002، ص(250).

(2) G . JEZE, Les principes generaux du droit adminstratif Op.Cit, p. (61) .

(3) E . JOUVE , recherches sur La notion d'apparence en droit administrative francais p .(297) .

لا يجوز للغير أن يدعى اعتقاده بشرعية شغل أحد الأفراد للوظيفة التي لا وجود لها من الناحية القانونية.

2. ممارسة اختصاصات الوظيفة:

يـــرى البعض من الفقه الفرنسي أن توافر الوجود القانوني للوظيفة لا يكفي في حـــد ذاتـــه لقيام الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي، بل لابدّ من ممارسة الموظف الفعلي لاختصاصات هذه الوظيفة كما يمارسها الموظف الرسمي، وكذلك لابد من توافر المظهـــر الطبيعي المشروع، كما لو استدعى الأمر قيام السلطات العليا بالتصديق على التصـــرفات الصـــادرة مـــن هذا الموظف، أو قيامه بالتصديق على قرارات الموظفين التابعين له، فكل هذه التصرفات تعطيه المظهر الطبيعي المشروع بأنه الموظف العام[1]، التي من شأنها تأكيد المظهر الخادع.

ومن خلال موقف الفقه الفرنسي من الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي، يتبين لنا أنه يؤكد وجوب توافر الركن المادي بما يعنيه من قيام كافة المظاهر المادية التي تدعو الغير إلى الوقوع في الغلط، وقد ترجع تلك المظاهر أيضا إلى جهل الإدارة نفسها، وعدم علمها بتخلف السند الشرعي لممارسة هذا الموظف لهذه الوظيفة، ومن ثم فإن الإدارة نفسها تقع في الغلط وتقدم على التعامل مع هذا الموظف على اعتبار أنه موّظف رسمي.

أما إذا انتقلنا إلى موقف الفقه المصري، فنجد أن بعضاً من الفقه المصري يرى، أن توافر الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي يقتضي توافر مظهر مادي يفيد إسناد الوظيفة إلى الموظف، كأن يباشر الموظف عمله في ظروف مألوفة لممارسة الوظيفة

(1) L - LEDOUX, Essai d'une theorie sur la fonction de fait, revue generale d'administration, 1912, Op.Cit, P .(402) .
E – JOUVE , recherches sur La notion d'apparence en droit administrative francais Op.Cit , p. (297) .

العامة، فيقوم بممارسة عمله في المكان المخصص للوظيفة، وأن يستخدم سجلات الإدارة وأختامها وأدواتها وكل ما يتعلق بالممارسة المشروعة للوظيفة[1].

ويرى البعض الآخر من الفقه: إلى أن توافر الظاهر يقتضي وجود قرائن ودلائل كافية، ومظاهر توحي بأن الموظف مختص، وأن تقلده للوظيفة كان صحيحا وسليما[2].

وذهب رأى أخير إلى أنه من الواجب أن يتناسب المظهر الخارجي الذي يوجد فيه الموظف الفعلي، مع أهمية التصرف الذي أقدم عليه الغير، فإذا كان ذلك التصرف على قدر كبير من الأهمية من وجهة نظر الغير كان هذا مدعاة إلى التحوط والتزام الحرص؛ الأمر الذي يتطلب أن تكون المظاهر الخارجية على درجة من الجسامة حتى يمكن التماس العذر للغير في جهله بحقيقة الأمر، أما عكس ذلك فلا يكون الغير جديرا بالحماية[3].

وترى الدراسة أن جوهر الركن المادي للنظرية هو توافر مظاهر مادية تفيد إسناد الوظيفة إلى الموظف الفعلي من خلال مباشرة عمله في ظروف مألوفة لشغل الوظيفة العامة، سواء من حيث تأديتها في مكانها الطبيعي، أو استخدام سجلاتها وما يتعلق بها.

أما الموقف القضائي من الركن المادي لهذه النظرية، فقد أشارت محكمة النقض المصرية إلى مختلف المظاهر الخارجية التي كان من شأنها إسباغ الظاهر على الوجود المادي لنقابة مستخدمي شركة قناة السويس[4].

---

(1) د . عبدا لباسط جميعي: نظرية الأوضاع الظاهرة (المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر) رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ،مشار إليه في د. شوقي محمد صلاح، مرجع سابق، ص (251)

(2) د . ثروت بدوي: القانون الإداري طبعة سنة 1984، ص(57,56).

(3) د. مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق .ص (251).

(4) نقض مدني في 1971/11/30، في الطعن رقم (53) لسنة(37ق، س22)، مجموعة أحكام النقض، ص(959) فقره رقم 288 .

ورغم ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية لنظرية الموظف الفعلي، فإن مجلس الدولة المصري لم يسلك مسلك القضاء المدني في هذا الشأن، ولكنه اعتّد بالحالة الظاهرة لوضع اليد سبباً يمنع الإدارة من استخدام سلطتها العامة المخولة لها بمقتضى المادة (970) مدني والخاصة بحق الإدارة في إزالة التعدي الواقع على أملاكها بالطريق الإداري.

حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا كان واضع اليد على أحد العقارات يستند في وضع يده إلى ادعاء بحق على العقار له ما يسوغه من مستندات تؤيد في ظاهرها ما يدعيه من حق أو كانت الحالة الظاهرة تدل على جدية ما ينسبه لنفسه من مركز قانوني بالنسبة إلى العقار انتفى القول بقيام الغصب أو الاعتداء، وعندئذ لا يسوغ للدولة في مثل هذا الوقت أن تتدخل بسلطتها العامة لإزالة وضع اليد"[1].

1. 4. 2 الركن المعنوي

ويقصد بالركن المعنوي في نظرية الموظف الفعلي حسن نية الغير؛ بمعنى الجهل أو عدم العلم بتخلف الصفة اللازمة فيمن يشغل الوظيفة العامة، وتهدف هذه النظرية إلى توفير الحماية للأفراد الذين تعاملوا بحسن نية مع الإدارة وتأثرت حقوقها بتصرف موظف ظهر بمظهر الموظف العام، فترتب لصالح الأفراد الآثار القانونية التي تترتب على تصرفات الموظف العام المختص، ولا يجوز للإدارة أن تستند إلى فكرة الموظف الفعلي لترتيب آثار قانونية في مواجهة الأفراد، حيث لم تنشأ هذه النظرية من أجل حماية الإدارة، بل نشأت لصالح الأفراد[2]، حتى يكون الغير المتعامل مع الإدارة جديراً بالحماية التي توفرها له هذه النظرية يجب أن يكون حسن النية؛ أي بمعنى عدم علمه بتخلف الصفة اللازمة فيمن يشغل الوظيفة العامة، وعند دراسة الركن المعنوي لابد من

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 2 مارس 1985 في القضية رقم (198) لسنة (38ق).

(2) د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1968 ص (370).

توضيح بعض المفاهيم وهي الغير، وحسن النية، والغلط الشائع. وستقوم الدراسة بتوضيحه بشيء من التفصيل في ثلاثة أفرع.

أولاً: معنى الغير

يقصد بالغير في القانون بشكل عام هو كل شخص أجنبي عن التصرف، أو الواقعة التي أنشأها الظاهر وتتأثر حقوقه بتصرفات الموظف الفعلي لدى قيامه بمهام وظيفته[1]. أما المقصود بالغير في نظرية الموظف الفعلي، فهو الشخص الأجنبي عن التصرف أو الواقعة التي أنشأت الظاهر، ذلك أن جوهر نظرية الموظف الفعلي بصفة عامة هو حماية الغير حسن النية، ولكي يكون هذا الغير جديرا بهذه الحماية فيجب أن لا يكون قد ساهم في وجود التصرف الذي يكون الركن المادي للظاهر[2].

وهذا يعني استبعاد الموظف الفعلي نفسه من إطار الحماية التي توفرها هذه النظرية، حيث من غير الممكن اعتباره من الغير؛ لأنه قد ساهم في خلق ونشأة الوضع الظاهر، والإدارة كذلك لا يجوز النظر إليها باعتبارها من الغير، وذلك إما لأنها تعلم بالأوضاع الظاهرة المخالفة للقانون، ومع ذلك لم تتخذ إجراء من شأنه أن يوقف أو يزيل تلك الأوضاع الظاهرة المخالفة للقانون، وإما لأنها لا تعلم بتلك الأوضاع، وفي الحالات جميعها فإن مسلك الإدارة ينم عن مساهمة في خلق الأوضاع الظاهرة سواء بطريقة صريحة، أو ضمنية.

ثانياً: حسن النية

إن وضع تعريف محدد لمفهوم حسن النية ليس بالأمر الهين اليسير، فإذا كان مفهوم حسن النية أمراً يصعب تحديده والوقوف عليه في القانون الخاص، فإن الأمر لا يقل صعوبة في مجال القانون الإداري[3]، ولهذا فقد اختلف الفقه حول تحديد مضمون مفهوم حسن النية.

---

(1) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (253,254).

(2) د. نعمان محمد خليل: مرجع سابق، ص (127).

(3) L – MARTINE, , RAYNAYD: Droit Civil T, I, les personnes,1967 Op.Cit , p. (20).

فقد ذهب MAZEAUD[1]، إلى أن حسن النية هو الجهل بالعيب الذي يشوب المركز الظاهر، ويفترض غلطا وقع فيه الغير، وهذا الغلط يتعلق بصفة صاحب المركز الظاهر، أما العلم الكامل بوقائع، أو عيوب أخرى غير عيب انعدام الصفة فهو لا ينفي حسن النية. وحسن النية بهذا المعنى نفسي وذاتي يتعلق بشخص الغير فقط، وحسن النية أمر مفترض؛ لأنه يتعلق بواقعة سلبية، ولا يطلب من أي شخص إثبات واقعة سلبية، وعلى من يدعي خلافها يقع عبء الإثبات؛ لأن عكس حسن النية سوؤها، وذلك من خلال وقائع إيجابية يمكن إقامة الدليل عليها، وإذا ادّعت الإدارة سوء نية الغير فهي ملزمة بإثبات ذلك، وسوء النية في نظر هذا الرأي يُعبر عن الغش وسوء القصد، فإذا كان يعلم بحقيقة المركز الظاهر للموظف الفعلي وما شابه من عدم المشروعية فيكون حينئذٍ سيء النية، وينتهي هذا الرأي إلى أن حسن النية هو الاعتقاد النهائي الباتّ في صفة صاحب المركز الظاهر، أي قدر من الشك كافٍ لاستبعاد حسن النية؛ لأن حسن النية يفرض على الغير واجب تمحيص وبحث الاحتمالات التي ثار حولها الشك لمعرفة الحقيقة، فمثلا: لو علم الغير بمدى شرعية ممارسة الموظف الفعلي للوظيفة العامة، وما شاب تعيينه من عيوب، فهناك احتمال في إلغاء التصرفات التي اتخذها هذا الموظف، لأن مثل هذا العلم يدخل الشك في نفسه حول شرعية مركز الموظف الفعلي، وفي هذه الحالة يكون سيء النية.

وذهب بعضاً آخر من الفقه الفرنسي **(EISENMANN)** [2] "إلى أن حسن النية في القانون الإداري لا يمكن تعريفه، أو تحديد ماهيته وأنه يدخل في نطاق المفاهيم المرنة الفضفاضة التي تخضع للتقدير، ومما يزيد الأمر صعوبة في القانون الإداري هو ندرة استعمال هذا المفهوم، حتى إن تعبير حسن النية أو سوء النية يكاد لا يستعمل

---

(1) M.J.H. MAZEAUD, La maxime error communis facit jus, Rev. Trim Dr . Civ., 1924, Op. Cit., p. (1408 et1409).

(2) C . EISENMANN, Les actes Juridiques du droit administrative, cour du doctorat, 1958,p.(235) .

إطلاقا، ومع ذلك يمكن القول: إن مفهوم حسن النية ذو طبيعة مزدوجة، فهو يتطلب الاعتقاد الخاطأ مع ضرورة استبعاد الغش والخداع.

ويرى البعض الآخر من الفقه الفرنسي [1] عدم التسليم بأن حسن النية هو الاعتقاد المخالف للحقيقة؛ أي الجهل بالعيب الذي يشوب المركز الظاهر للموظف الفعلي، ويظن أن حســـن النية هو الغلط المسوغ المشروع الذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغـــير، وهـــو كذلك إن اتصف سلوكه بعدم الخطأ بنوعيه: العمدي وغير العمدي؛ لأن الجهل المبني على الإهمال يدخل في نطاق سوء النية وليس حسنها.

ويرى البعض من الفقه الفرنسي[2]، إلى أنه يشترط لقيام نظرية الموظف الفعلي توافر حسن نية كل من الغير والموظف الفعلي نفسه؛ أي يجب أن يجهل كل منهما ما يشوب شغل الوظيفة من عيوب، فإذا كان الموظف يعلم ما يشوب شغل الوظيفة من عيوب فلا تقوم نظرية الموظف الفعلي.

وقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد من بعضاً من الفقه الفرنسي[3]، فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أنه لا يمكن أن نعلق حماية الغير حسن النية على حسن نية الموظف الفعلي نفسه؛ لأن ذلك من شأنه أن يخرج بالنظرية عن الهدف الذي تقوم على تحقيقه.

وكذلك انتقد ذلك الرأي من بعضاً من الفقه المصري[4]، حيث يرى هذا الجانب أن محل حسن النية هو الغير فقط دون الموظف الفعلي، حيث تترتب مختلف الآثار على تصرفاته، حتى ولو اتبع طرقاً غير مشروعة لشغل الوظيفة أو البقاء فيها، أو كان سلوكه مشوباً بالغش والتدليس.

---

(1) R. PETETIN, La nature juridique de L'apparence, these precitee, p(127) .

(2) A. CALOGEROPOULOUS, Lecontrole de La lagalite externe des actes administrative unilateraux, These, Paris, 1975,p (159) .

(3) GEMY, essai d'une Theorie general de la collaboration des administers avec l''administration, These .NANCY, Op.Cit , p (135) .

(4) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق. ص (523).

د . سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص (285).

وهناك بعضاً من الفقه المصري[1]، يفرق بين الجهل والغلط. ففي كليهما يكون الشخص مفتقدا للحقيقة، إلا أن الجهل عبارة عن صورة بسيطة، مفادها أن واقعة معينة لم تصل إلى علم شخص معين، فذهن هذا الشخص بالنسبة لهذه الواقعة في حالة فراغ؛ أي سلبية، فهو لا يعلم الحقيقة ولا يظن في غيرها، أما الغلط فهو اعتقاد مغاير للحقيقة، فهو يفترض غياب الحقيقة وحلول فكرة غير صحيحة محل هذه الحقيقة في ذهن من وقع في الوهم.

ويرى البعض الآخر من الفقه المصرى[2]، أن حسن النية عنصر نفسي داخلي ذاتي يتعلق بشخص معين وواقعة معينة، وهو مفترض لأنه الأصل، ولا يلتزم الغير بإقامة الدليل على حسن نيته؛ لأنه يستحيل إقامة الدليل على عنصر كامن في النفس، في حين يرى أن سوء النية يتكون من عنصرين، أحدهما واقعي، وهو العلم بانعدام صفة صاحب المركز الظاهر. والثاني: أدبي أو نفسي، وهو العزم على عدم الالتزام بحدود القانون أو النية، والذي يظهر إلى حيز الوجود في صورة العلم بانعدام صفة صاحب المركز الظاهر.

وأخيراً فقد أجمع بعضاً من الفقه المصري[3]، على ضرورة توافر حسن نية الغير، بمعنى الجهل بعدم مشروعية مركز شاغل الوظيفة العامة، أما إذا كان الغير يعلم بحقيقة هذا المركز فإنه لا يكون جديراً بالحماية القانونية، وحسن النية أمر مفترض وعلى من يدعي أن الغير يعلم بحقيقة الأمر فعليه أن يقوم بإثبات سوء نيته، هذا هو مفهوم حسن النية الذي يجمع عليه الفقه وعلى وجوب توافره لدى الغير.

---

(1) د . عبدا لباسط جميعي :مرجع سابق، ص(92).

(2) د . نعمان محمد خليل : مرجع سابق، ص(135وما بعدها).

(3) د. عبدالقادر خليل: رسالة دكتوراه بعنوان سحب القرارات الإدارية سنة 1964، ص(275) د . طعيمه الجرف: القانون الإداري، طبعة 1978، ص(64) د ماجد راغب الحلو، مرجع سابق ص (391).

أمـــا إذا انتقلنا إلى موقف القضاء فنجد أن حكماً لمجلس الدولة الفرنسي الصادر فـــي 27 أكــتوبر 1961 حيــث قضى "بصحة قرارات تعيين موظفي المجالس البلدية الصـــادرة مـــن العمـــدة الذي تبين فيما بعد عدم صحة انتخابه، وذلك طالما أن هؤلاء الموظفيـــن كـــانوا حسني النية، ولم تكن قرارات التعيين صادرة بناء على أي غش من جانبه[1].

ونرى من خلال هذا الحكم أن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إذا كان الغير سيء النية؛ أي يعلم بعدم صحة شغل الموظف للوظيفة، ومع ذلك أقدم على التعامل مع الموظف، وفي هذه الحالة تكون تصرفات الغير قائمة على الغش، ومن ثم لا يمكن أن ترتب أي أثر قانوني.

أما مجلس الدولة المصري، فإن أحكامه لم تشر إلى العناصر اللازمة لتوافر الركن المعنوي، سواء فيما يتعلق بحسن النية أو الغلط الشائع. وقد يعود ذلك إلى مسلك مجلس الدولة الذي يكتفي عادة بحل النزاع المطروح أمامه دون أن يشير إلى المبادئ القانونية التي يستند إليها في حكمه، وقد يرجع إلى أن المنازعات التي عرضت عليه لم تكن تستهدف ترتيب آثار لمصلحة الغير على التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي، ولكنها كانت تهدف إلى إقرار بعض المزايا والحقوق للموظف الفعلي نفسه الأمر الذي لم يتح للقضاء فرصة التعرض إليه.

وترى الدراسة أن المقصود بحسن النية في نظرية الموظف الفعلي، هو الاعتقاد الخاطأ أو الاعتقاد المخالف للحقيقة؛ أي بمعنى الجهل بشرعية شغل الموظف للوظيفة العامة، أو الجهل بعدم شرعية السلطة الإدارية التي عينت الموظف الفعلي، فلكي نعُد الغير حسن النية، فعليه أن يُقدم على التعامل مع الموظف الفعلي معتقداً أنه الموظف الرسمي وأن الفقه المصري والفرنسي قد اجمعا على ضرورة توافر حسن النية من قبل الغير، وليس من قبل الموظف الفعلي نفسه.

(1) R. ODENT, Contentieux Administratif, precite, p (1795)

ثالثاً: الغلط الشائع

لقـــد نشأت فكرة الغلط الشائع في الأصل في نطاق علاقات القانون العام، ونشير هـــنا إلى ما سبق عرضه في قضية "Barbarius Philippus"[(1)] في الفصل الأول من هذه الدراسة في معرض الحديث عن نشأة نظرية الموظف الفعلي في القانون الروماني، حيـــث أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً تفسيرياً له قوة القانون في الثاني من يوليو سنة 1807، وبهذا القرار صحح مجلس الدولة الفرنسي الأوراق الرسمية التي صدرت مـــن أشخاص ليست لهم صفة رسمية في إصدارها بحكم القانون، وقد ورد في حيثيات هـــذا القرار أنه:" في جميع الأزمان والتشريعات، فإن الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتصحيح التصرفات والأحكام غير الشرعية التي لم يكن في استطاعة الأطراف توقعها ولا منعها"[(2)]، ولقد ارتبط الغلط الشائع بنظرية الموظف الفعلي إلى الحد الذي عده جانب مـــن الفقـــه الفرنســـي بأنـــه الأساس القانوني للنظرية وليس فقط عنصرا من عناصر تكوينها[(3)].

فـــالغلط الشائع هو الذي يقع فيه الغالبية فالظاهر غير جدير بالحماية ما لم يكن مـــن شأنه خداع الكافة أو الغالبية، ومتى تحقق هذا الشيوع فمن الواجب حماية النتائج المترتبة عليه[(4)].

---

(1): M.H.MAZEAUD, La maxime error communis facit jus, Rev.Trim Dr. Civ., 1924, Op.Cit. p. (933).

(2) مشـــار إليه: د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: نظرية الوارث الظاهر ـــ دراسة تحليلية تأصـــيلية في القانونين المصري والكويتي ـــ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة 1993، ص (60).

(3) Voir: R . PETETIN, La nature juridique de L`apparence, these precitee, Op.Cit. P.(183) .

(4) Voir: T.ROUSSEAU,La nomination des agents public en droit 1981,francais, these, Paris,p.(116).

ويشير اتجاه فقهي آخر[1]، إلى أن الغلط الشائع لا يقصد به الخداع الفعلي، للكافة وإنمـــا إمكـــان وقـــوع هذا الخداع، فالغلط الشائع لا يُستدل عليه باستفتاء عام أو بحث ميدانـــي لمعـــرفة شيوعه من عدمه، وإنما يرتبط وجوده بظروف الظاهر فإذا كان من شـــأنه إقـــناع الكافة بمطابقته للحقيقة عد خطأً شائعاً يتوافر معه الشرط المطلوب لقيام الظاهر.

وقد عرض الفقيه"LEDOUX"أمثلة لتوافر الغلط المسوغ في حالة خروج الموظف الرسمي على قواعد الاختصاص، بشرط أن تكون الظروف المحيطة بذلك من شأنها توليد الاعتقاد لدى الغير بعدم خروج ذلك الموظف عن قواعد الاختصاص، كما في حالة التفويض إلى شخص أجاز القانون التفويض إليه، إلا أن شروط ذلك التفويض لم تتوافر، أما إذا كان خروج الموظف عن قواعد الاختصاص من الوضوح بحيث لا

---

(1) J. CALAIS-AULOY , Essai sur la notion p.(14) .

د. مـــاجد راغـــب الحلو: مرجع سابق، ص (77) قريب من هذا الاتجاه .حيث يشير إلى اشـــتراط وجـــود الغلط المعقول"يجب أن يكون الجمهور معذوراً في جهله بعدم مشروعية مركـــز شـــاغل الوظـــيفة، بأن يكون قد خدع – رغم وعيه وحسن إدراكه–بالمظاهر التي أحاطت بممارسة الوظيفة، ووقع في غلط له ما يبرره عقلاً... والغلط يكون مبرراً شائعاً إذا استند إلى ظاهر قوى مُقنع، أما الغلط الأحمق غير المبرر الذي لا يستند إلى ظاهر معقول مســـتقر والـــذي قـــد يتولد في ذهن بعض المهملين أو الغافلين رغم عيب التولية الفاحش الواضـــح، أو عدم كفاية معقولية مظاهر ممارسة اختصاصات الوظيفة، فلا يستحق حماية النظرية القضائية.

د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة" 1976، ص (391) قريب أيضاً من هذا الاتجاه. حيث أشار إلى أنه من الواجب أن يكون الغير معذوراً في عدم إدراكـــه.د . رمزي الشاعر: مرجع سابق ص(372). قريب ايضاً من هذا الاتجاه. حيث أشـــار إلى أن العبرة بتوافر الاعتقاد المبني على ظروف تؤدى إليه أما إذا كانت الظروف لـــيس من شأنها خلق هذا الاعتقاد فإن الغير لا يكون جديراً بأي حماية، والمعيار هذا ليس شخصي وإنما موضوعي يُنظر فيه للشخص المعتاد.

يخفى على فطنة الغير، كما في حالة تفويض الاختصاص إلى شخص لم يجز القانون تفويضه، فإن غلط الغير لا يكون مسوغاً مشروعاً في هذه الحالة[1].

ولا يتوافر غلط الغيرمسوغ مشروع في حالة قيام الموظف بالاستمرار في الخدمة، رغم انتهاء المدة المحددة له لممارسة الوظيفة العامة طالما كان قرار إنهاء الخدمة من العلانية بحيث لا يمكن قبول عذر الغير في الجهل به[2].

وقريب من فكرة الغلط المسوغ أو المشروع، ذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري[3]، إلى الحديث عن الظاهر القوي المتقن المستقر، فالغلط يكون شائعاً أو لا يمكن تفاديه أو يكون مسوغاً أو مشروعاً إن هو استند إلى ظاهر قوي، مستقر، مقنع، فيتوافر هذا العنصر في كل حالة يتضح فيها أن الظاهر الذي استند إليه الغير يبدو وكأنه مركز قانوني، فإن كان الأمر كذلك أصبح الغير معذوراً في غلطه لسببين هما: أولهما حسن نيته، وثانيهما أن الظاهر كان متقناً من الناحية الموضوعية. أما إذا كانت مخالفة الظاهر للحقيقة واضحة، وعناصر تكوينه تُنم وتدل عن عدم مطابقته للمركز الواقعي أو الفعلي، فإن الغلط الذي وقع فيه الغير يصبح غير مسوغ.

وتطبيقاً لذلك ذهب الفقيه الفرنسيJEZE إلى الحديث عن الشغل المعقول، أو الولاية السائغة للوظيفة، ويقصد بهذه الفكرة أن الظاهر لا يحدث أثره إلاَ إذا اعتقد العامة شرعية شغل الموظف للوظيفة، على أن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب تسوغه، وهو الأمر الذي لا يتوافر إلا إذا كان شغل الوظيفة قد تم بطريقة من شأنها إيهام الغير بشرعية تولي الموظف لها، وعلى هذا الأساس فإنه لابد من توافر الاعتقاد المبنيَ على أسباب تؤدي إليه بحكم الضرورة، أما إذا كان الاعتقاد مستخلصاً من

---

(1) L – LEDOUX, Essai d`une theorie sur la fonction de fait, revue generale d`administration Op. Cit, p .(406) .

(2) T – ROUSSEAU La nomination des agents public en droit , Op. Cit, p .(117) .

(3) STASSIMOPOULOUS , Le controle de La lagalite externe des actes administrative unilateraux, These, Paris, 1975, p .(114) .

د: نعمان محمد خليل : مرجع سابق، ص (164)

أسباب لا تؤدي إليه بحكم الضرورة، وذلك عندما يكون تولي الوظيفة بطريقة ليس من شأنها إضفاء الطابع المشروع على من يشغلها، فإنه لا يمكن أن نلتمس للغير أيَّ عذر في جهله بالحقيقة[1].

أما إذا انتقلنا إلى موقف الفقه المصري من الغلط الشائع، فنجد أن بعضاً من الفقه[2]، قد اشترط الغلط المعقول؛ أي الغلط الذي يعذر الغير عند الوقوع فيه، لصعوبة معرفة وجه عدم المشروعية الذي يحيط بالمركز الظاهر، فيعدُ في هذه الحالة غلط الغير مسوغاً ولا يمكن أن ينسب إليه أي إهمال أو تقصير، ويضيف أن الغلط المعقول يجب أن يكون سائغاً لا يقتصر على فرد واحد، أما إذا كان الغلط غير مقبول، أيَّ غلط لا يقع فيه سوى المهملين، أو ذوى الغفلة لوضوح وجه عدم المشروعية، فلا يستحق صاحبه أيَّ حماية.

وذهب البعض الآخر من الفقه المصري[3]، إلى أن العبرة بتوافر الاعتقاد المبني على ظروف تؤدي إليه، أما إذا كانت تلك الظروف ليس من شأنها توليد ذلك الاعتقاد، فإن الغير لا يكون جديرا بالحماية، وأنّ المعيار هنا ليس معيارا شخصياً ينظر فيه إلى شخص من وقع في الغلط، ولكنه معيار موضوعي ينظر فيه إلى الرجل المعتاد الذي يوجد في ظروف الغير نفسها.

وأما موقف القضاء المصري: فإنه على الرغم من أن مجلس الدولة لم يشر إلى العناصر اللازمة لتوافر الركن المعنوي، سواء ما يتعلق منها بحسن النية أو الغلط الشائع، إلا أن محكمة النقض المصرية قد أشارت في حكمها الصادر في 8 يونيو 1988م، إلى ضرورة توافر حسن نية الغير، وأن يكون ذلك مبنياً على شواهدَ من شأنها أن تولّد الاعتقادَ العامَّ بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فقد جاء بذلك الحكم:"أنّ

---

(1) G . JEZE , Op. Cit. p. (61) .

(2) د. سليمان الطماوى: مرجع سابق، ص (391). حيث يرى أنه من الواجب أن يكون الغير معذوراً في عدم إدراك سبب بطلان شغل الوظيفة.

(3) د. رمزي الشاعر: مرجع سابق، ص (371).

المشرع قد اعتدّ في عدّة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر، لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع، وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها، بما يحول وصفها بالاستثناء، وتصبح قاعدة عامة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، ومؤداها أنة إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه-سلباً أو إيجابا- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، مما يدفع الغيَر حُسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتي من شأنها أن تولدَّ الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المركز للحقيقة... [1].

كما قضت في حكم آخر حيث جاء فيه":...لمّا كان ذلك وكان يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية؛ ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي. متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر، أغفل بحث دفاع الطاعن بمقولة إن نظرية الموظف الفعليّ مختلف عليها ولا محل للاستدلال بها، يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون"[2].

ومن خلال هذه الأحكام لمحكمة النقض المصرية يتبين لنا أنها تشترط حسن نية الغير، والغلط الشائع المتمثل في الاعتقاد العام الذي ينشأ من الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر، متى كانت تلك الشواهد من شأنها أن تولد مثل هذا الاعتقاد، أما إذا كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر واضحة الدلالة على عدم صدقها وصحته، فلا يمكن توافر الغلط الشائع مما يستتبع عدم توافر الحماية وبهذا القدر ننهي هذا المبحث، ونتناول المبحث الثاني، وهو الآثار المترتبة على تطبيق هذه النظرية.

---

(1) محكمـــة النقض المصرية الصادر في 8 يونيو 1988 في القضية رقم (1028) لسنة (54 قضائية).

(2) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 30 نوفمبر 1971.

الفصل الثاني

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي

بعد أن انتهينا من دراسة مفهوم نظرية الموظف الفعلي، والموظف العام، وميزنا بينهما، وتعرفنا على مسوغات الأخذ بنظرية الموظف الفعلي في الفصل الأول من هذه الدراسة، والآن لابد من البحث في الأساس القانوني لهذه النظرية، وبينا في هذه الدراسة أن نظرية الموظف الفعلي تقوم في الأحوال التي يجهل فيها الغير ما يشوب مركز الموظف الذي يشغل الوظيفة العامة من عدم المشروعية، بشرط ضرورة توافر المظاهر الخارجية التي أدت إلى إيهام الغير بغير الحقيقة.

ولا بد من الإشارة إلى أنه إذا كانت هذه النظرية قد أصبحت بمنزلة القاعدة العامة الواجبة التطبيق في القانون الخاص، فهي لم تحظ بالمرتبة نفسها في القانون العام، حيث ما زال الفقه والقضاء ينظران إليها في شك وريبة، رغم أن حاجة القانون الإداري إلى تلك النظرية أكثر أهمية من القانون الخاص، فإذا كان القانون الخاص يحكم علاقات بين أطراف متساوية، في حين نجد عكسه في القانون الإداري، حيث يحكم علاقات الأفراد من جانب والإدارة من جانب آخر وهنالك فارق كبير بين الامتيازات التي تحظى بها الإدارة مقارنة بين ما يتمتع به الأفراد، الأمر الذي يقتضي حماية الأفراد في مواجهة الإدارة؛ لأن ضعف الأفراد في علاقتهم بالإدارة وحاجتهم المستمرة لها قد يدفعهم إلى الثقة في الظاهر، وعدم الشك في التصرفات الصادرة منها، ولهذا من الواجب أن تأخذ التصرفات الظاهرة الصادرة من الإدارة حكم التصرفات الصحيحة مادامت المظاهر الخارجية المحيطة تولد الاعتقاد بشرعيتها.

وكذلك القضاء الإداري وبحكم نشأته، وقلة التشريعات في مجال عمله، فهو قضاء إنشائي خلاق، فالقاضي الإداري يستطيع أن يبتكر النظريات التي تتناسب وطبيعة المنازعات المعروضة أمامه، وبالتالي فليس هنالك أي قيود على سلطته في هذا الصدد، وهذا يسهل عليه تطبيق هذه النظرية.

ومن هذه الفتوى يتبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتفِ بتطبيق مفهوم نظرية الظاهر، بل أشار وبشكل صريح إلى أركان هذه النظرية والتي سوف نبحثها في الفصل الثالث والأخير من هذه الدراسة، والأساس القانوني لها، حيث أوجب ضرورة توافر الغلط الشائع على نحو يجعل من الصعب جدا على الغير العلم بحقيقة الأمر، كما أشار أيضا إلى فكرة حسن النية.

وقد حظيت هذه الفتوى بمكانة بارزة، باعتبارها تمثل أساساً عاماً لتطبيقات فكرة الظاهر في مختلف فروع القانون، وقد اختلف الفقه حول هذه الفتوى، فذهب بعضاً من الفقه إلى الاستناد إليها لتطبيق الظاهر كنظرية عامة وترتيب مختلف الآثار عليها[1]، وذهب البعض الآخر إلى أن هذه الفتوى تُعد قانوناً بمعنى الكلمة، وذلك لما تتمتع به فتاوى مجلس الدولة من قوة تشريعية[2].

إلا أن هـذا الرأي لم يلقَ قبولاً لدى الفقه سواء الفرنسي[3]، أو المصري[4]،وذلك لعـدة أسـباب، مـنها: أن هـذه الفتوى صدرت في حالة معينة تتعلق بصحة الأوراق الرسمية التي اشترك في إعدادها سكرتيري العمديات الذين لم تتوافر لهم الصفة اللازمة للقـيام بذلك، ولذلك يروا بأنه لا يجوز تعميم هذه القاعدة على حالات أخرى، بالإضافة إلـى أن الاعتراف لفتاوى مجلس الدولة الفرنسي بقوة القانون فإنه يقتصر على منطوق الفتوى دون أسبابها.

---

(1) H – MAZEAUD , La maxime error communis facit jus, Rev. Trim Dr . Civ ., 1924, p(934).

(2) VALABREGUE, De La maxime “error communis facit jus”, Critique, 1880, P .(30)

(3) R.M. DEMOGUE , Obligations et Contrats Speciaux ,Rev .Trim Dr.Civ.,1908,P. (127)

(4) د . عـبد الباسـط جميعـي: مشـار إليه في د . مجدي عز الدين يوسف. مرجع سابق، ص (213).

ويتبين لنا من خلال ذلك أن فكرة الأساس التشريعي لنظرية الظاهر والتي تقوم عليها فكرة الموظف الفعلي لم تجد قبولاً لدى غالبية الفقه، ويرى جانب من الفقه المصري[1]، رفض تلمس أي أساس لنظرية الظاهر؛ لأنها قد أصبحت من المسلمات التي لا تحتاج إلى أساس قانوني لها فهي تكفي نفسها بنفسها.

2. 1. 2 الغلط الشائع يولد الحق

عرف بعضاً من الفقه المصري الغلط الشائع[2]، "بأنه اعتقاد مخالف لحقيقة الظاهر وهذا الاعتقاد لا يُنسب لشخص الغير فقط، وإنما لغالبية المحيطين بالمركز الفعلي".

ويقصد بالغلط الشائع الغلط العام الذي يقع فيه الكافة أو الأغلبية، حيث لا يكون الظاهر جديراً بالحماية مالم يكن من شأنه خداع الأغلبية أو الكافة، فإذا توافر الغلط الشائع بهذا المعنى كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه[3]، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن القانون يقوم على الاعتقاد الجماعي، وما الغلط الشائع إلا اعتقاد جماعي، فهو ليس إذن مجرد مسوغ للخروج على القواعد العامة بدافع العدالة، إنما هو المصدر الحقيقي للقانون، وهو مصدر يكفي بذاته لإنشاء الحقوق ونقلها[4].

وقد تعرضت هذه الفكرة إلى النقد من بعضاً من الفقه المصري[5]، حيث يرى أن فكرة الغلط الشائع يولد الحق ليست سوى شرط من شروط أخرى يلزم توافرها لتطبيق أحكام الظاهر، فكيف يتسنى لها أن تكون أساساً لهذا الظاهر؟ فالغلط وهم والوهم عدم وليس من شأنه في حد ذاته أن ينشئ أثراً قانونياً.

---

(1) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، الهامش رقم 3 ص (213).

(2) د . عبد الباسط جميعي: مشار إليه في د. مجدي عز الدين يوف، مرجع سابق، هامش رقم 2 ص(216).

د . نعمان محمد خليل جمعه: مرجع سابق، ص (160).

(3) M . H . MAZEAUD, La maxime error communis facit jus, Rev. Trim Dr . Civ ., 1924 Op .Cit ., P .(936) .

(4) BEUDANT, Cours de Droit Civil Francais, 1936,p(267)

(5) د . نعمان محمد خليل: مرجع سابق، ص (161).

وأمام هذا النقد لجأ بعضاً من الفقه الفرنسي[1]، إلى معيار الغلط الذي لا يمكن تفاديه، ويقصد به الغلط الذي لا يكون في استطاعة الغير توقعه أو تفاديه، فإذا كان الوقوف على حقيقة المركز القانوني لصاحب المركز الظاهر أمراً يتعذر الوصول إليه في ضوء الظروف المحيطة، عندها من الواجب الاعتداد بذلك الغلط وترتيب مختلف الآثار عليه، كما لو كانت ناتجة عن علاقة قانونية سليمة، وذلك حماية للغير حسن النية.

وكذلك تعرضت هذه الفكرة للنقد، ذلك أن هذا المعيار، تأباه طبيعة المعاملات، حيث الثقة وسرعة التعامل يقتضيان التلطف مع الغير، بالإضافة إلى أن هذا المعيار بالغ القسوة؛ لأنه يعني استحالة إعمال فكرة الظاهر؛ لأنه لا يوجد غلط يستحيل توقعه أو دفعه إذا بذل الغير قدراً كبيراً من البحث والتحري واليقظة والحيطة، والمطلوب أن يكون هذا العنصر عنصر رقابة وضبط وليس عنصر إحباط وإلغاء لفكرة الظاهر[2].

وتؤيد الدراسة ذلك الجانب من الفقه الذي يرى أن فكرة الغلط الشائع هي أحد العناصر اللازمة لقيام هذه النظرية إلى جوار توافر حُسن نية الغير والمظاهر المادية اللازمة لخداع الغير، فمن غير المعقول أن يكون أحد عناصر النظرية بمنزلة الأساس القانوني لها. وأمام أوجه النقد التي وجهت إلى فكرة الغلط الشائع كأساس لنظرية الظاهر، ذهب جانب من الفقه إلى تلمس هذه النظرية في فلسفة القانون.

2. 1. 3 الأسس الفلسفية والاجتماعية

بعد النقد الذي وجه إلى الأساس التشريعي لفكرة الظاهر، ومبدأ الغلط الشائع يولد الحق، ذهب فريقٌ من الفقه إلى تلمس أساس هذه النظرية في فلسفة القانون والطبيعة الاجتماعية للحق، حيث ذهب جانب من الفقه إلى فكرة "الاستقرار كضرورة لحماية الحق"، وذهب جانب آخر إلى فكرة "الثقة المشروعة"، وفريقٌ ثالث ذهب إلى

---

(1) M.H. MAZEAUD, La maxime error communis facit jus, Rev. Trim Dr . Civ ., 1924 Op, Cit., P (938) .

(2) د . نعمان محمد خليل: مرجع سابق ص (162).

وهـذا يتطلب ألا نخذل من تعامل على أساس وضع ظاهر، توافرت له مختلف العناصر اللازمة للأوضاع القانونية السليمة، فالاستقرار يستلزم أن يكون لمظهر الحق نفس الآثار التي ينتجها الحق نفسه، والقول بغير ذلك هو دعوة إلى الجمود وتوقف المعاملات، هذا هو مضمون فكرة الاستقرار كضرورة لحماية الحقوق، إلا أنها رغم وجاهتها تقوم على اعتبارات اقتصادية وتتصل بفلسفة القانون، ويستلزم تحويل صياغتها من المجال الفلسفي إلى مجال النظريات القانونية، وكذلك فإنها تتسع لنظريات مختلفة، ولا يمكن أن تنفرد بها نظرية الأوضاع الظاهرة وحدها[1].

ثانياً: الثقة المشروعة

يعود الفضل في إبراز نظرية الثقة المشروعة كأساس لنظرية الظاهر إلى الفقيه[2]، (EMMAMUEL LEVY) حيث يرى أن الثقة المشروعة في ظاهر معين كافية لنشوء الحق في ذمة من اعتمد على هذا الظاهر وتعامل معه، ويفسر ذلك بأن الحق رابطة متعددة العناصر، ومن بين عناصرها صاحب الحق، والحق يؤول لشخص لا لأن آخر نقله إليه، وإنما لأنه هو نفسه أراد اكتسابه، فإرادة كسب الحق كافية لاكتساب بشرط مشروعيتها، ومشروعيتها رهن بقبول المجتمع لها وثقته فيها، فإرادة الغير في كسب الحق مشروعة لأنه تلقاها نتيجة، تعامله مع ظاهر مستقر جدير بثقة المجتمع، وثقة المجتمع تكون مشروعة إن كانت مبررة وتستند إلى واقع جدير بهذه الحماية.

وهذا يتطلب من صاحب الحق أن يتمسك بحقه والدفاع عنه وعدم تركه للغير إلا إرادياً، فإن أهمل وخالف هذا الواجب كان مساهماً في إيهام الغير وخديعته، الأمر الذي

(1) د. عبد الباسط جميعي:مشار أليه في د. مجدي يوسف عز الدين مرجع سابق، الهامش رقم (1) ص (220).

(2) EMMANUEL LEVY, La confiance legitime Rev. Trim de Dr. Civ., 1947, p. (717et723).

ينجم عنه الإخلال بالثقة المشروعة في الظاهر المستقر، ويبرر مساءلته وفقدانه لحقه باعتبار أن ذلك يمثل خير تعويض.

وقد وجهت لهذه الفكرة انتقادات كثيرة منها، أنها لا تضيف شيئاً جديداً في مجال الظاهر، كون الظاهر مستقرا ومبرراً، فالثقة المشروعة ليست سوى وصف تحليلي للقيود التي يجب أن تحيط بالظاهر وتحدده، وبالتالي الحاجة إلى أساس قانوني يستند إليها الظاهر في حماية الغير[1].

كما أنه ليس صحيحاً أن كسب الحق يستند إلى إرادة مكتسبة. فلكل سبب من أسباب كسب الحق أساسه الخاص به[2]، فقد يرجع سبب كسب الحق إلى قرار تصدره الإدارة، أو عقد تقوم بإبرامه، وكذلك أن نظرية أو فكرة الثقة المشروعة كأساس لنظرية الظاهر تمثل عودة إلى فكرة الخطأ التي ثبت عدم كفايتها لتبرير أحكام الظاهر[3].

ثالثاً: الطبيعة الاجتماعية للحق

يرى بعضاً من الفقه الفرنسي[4]، أن الحق باعتباره ظاهرة اجتماعية -حتى يكون جديـــراً بالحمايـــة- يجـــب أن يتوافر له عنصران: عنصر مادي، ويتمثل في مزاولة صـــاحب الحق لمختلف سلطاته، والظهور بمظهر صاحب الحق أمام الكافة، والعنصر النفســـي: ويتمـــثل مضمون هذا العنصر في علم الغير بشخص صاحب الحق، ويرتبط العنصـــر النفســـي بالعنصر المادي، وفي حالة عدم توافر العنصر المادي فلا يمكن أن نلوم الغير على جهله بالحق ويصبح الحق غير جدير بالحماية.

وبهـــذه الطـــريقة فـــإن العنصر المادي يرتبط بالعنصر النفسي برابطة السبب بالنتـــيجة، وفـــي حالة ممارسة صاحب الحق مختلف سلطاته، فمن الواجب على الغير

---

(1) د . نعمان محمد خليل جمعه: مرجع سابق ص (45).

(2) د . عبد الباسط جميعي: مشار اليه د . مجدي عزالدين يوسف ، مرجع سابق ص (64).

(3) R. PETETIN, La nature juridique de L`apparence, these precitee,Paris,1966. , p. (173) .

(4) R. PETETIN , these precitee. p. (190et193).

احترامه، وفي حالة تقاعسه أو إهماله في ممارسة سلطاته أو صيانة حقوقه، كما في أحوال نشأة الظاهر المخالف للحقيقة، فان من شأن ذلك فقد الحق لركنه المادي الذي يجعله مصدر احترام الغير[1].

ولهذا فان القضاء عندما يُضحى بالمصالح الخاصة، فإن ذلك يعود إلى فقدان هذه المصالح الخاصة لصفتها الاجتماعية، حيث لم تعد تلك المصالح ذات صفة اجتماعية وبالتالي من الصعب حمايتها، لأن صاحبها لم يمارس حقوقه عليها، فإنها تظل خافية غير ظاهرة، أي فقدت وجودها المادي الذي يجعلها مصدر احترام الغير، ذلك أن الغير لا يمكن أن يحترم تلك الحقوق إلا إذا كان على علم بها، ومن ثم يكون الأحرى الاعتداد بما هو ظاهر.

ويرى أصحاب هذه الفكرة أن هذه النظرية من شأنها حماية الغير حسن النية، وكفالة الاستقرار اللازم في العلاقات القانونية، كما أنها تتفق مع مفهوم العدالة.

ويؤخذ على هذه الفكرة أنها تقوم على اعتبار أن الحق باعتباره ظاهرة اجتماعية جدير بالحماية، فإذا فقد الحق صفته الاجتماعية فانه يصبح ليس أهلاً لهذه الحماية، وكذلك أن هذه الأفكار لا تصلح أساساً للنظريات القانونية.

رابعاً: حسن النية كأساس لنظرية الموظف الفعلي

أن المقصود بحسن النية هو: الاعتقاد الخاطئ، أو الاعتقاد المخالف للحقيقة، أي الجهل بما يشوب المركز الظاهر من أوجه عدم المشروعية، ويجب حتى نتمكن من اعتبار الغير حسن النية، فلا بد أن يُقدم على التعامل مع الموظف الفعلي باعتبار أن هذا الشخص هو الموظف الرسمي أو الموظف العام، أما إذا كان الغير يعلم بالعيب الذي يشوب المركز الذي يشغله الموظف الفعلي، ومع ذلك أقدم على التعامل معه، فلا يمكن اعتبار الغير حسن النية وذلك لتوافر العلم بحقيقة المركز المخالف للقانون، وعلى هذا

---

(1) د . عاطف نصر مسلمى علي: نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص (323)

الأساس ذهب بعضاً من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي هو حسن النية[1].

وقد تعرض هذا المبدأ للنقد من بعضاً من الفقه المصري، حيث ذهب بالقول "أن هذا المبدأ هو أحد شروط حماية الغير استناداً إلى الظاهر، أي أنه يلزم لذلك شروط أخرى، ومن غير الممكن تصور قيام عنصر معين بدور الشرط لتطبيق حكم معين، وكذلك بدور الأساس القانوني لهذا الحكم[2].

وترى الدراسة بأنه إذا كان الغير سيء النية أو كان تصرفه مبنياً على الغش فلا يمكن ترتيب أي آثار قانونية في مواجهته، فلا يمكن للغير الذي تعامل مع الوضع الظاهر أن يكتسب أي حق مالم يتوافر حسن النية.

خامساً: المصلحة العامة كأساس لنظرية الموظف الفعلي

يرى بعضاً من الفقه الفرنسي[3]، أن المصلحة العامة تعتبر أساساً لنظرية الظاهر، ومصلحة صاحب الحق هي مصلحة فردية خاصة، وحمايتها أو إهدارها لن يتجاوز حدود صاحب الحق وحده، وفي الجانب الآخر نجد مصلحة الغير الذي تعامل على أساس الظاهر المستقر، وحماية أو إهدار مصلحة الغير لا تتعلق به وحده، وإنما تتعلق بأمن التعامل في المجتمع، لأن إهدار التصرفات المستندة إلى الظاهر ستكون نتيجته الحتمية الإحجام أو التردد في التعامل، ومثل هذه النتيجة باهظة وتمس المصلحة العامة لأن أمن وحماية التعامل، هدف يطغى على أي هدف آخر بما في ذلك حماية الحق المكتسب.

---

(1) L- MARTINE(G) et RAYNAYD: Droit Civil T, I, les personnes,1967., p. (38)

(2) د. نعمان محمد خليل جمعه: مرجع سابق، ص (43).

(3) J – Calais Auloy, P.(24). مشار أليه د. عاطف علي ،مرجع سابق، ص(329)

ونرى أن فكرة المصلحة العامة كأساس لنظرية الموظف الفعلي أو الظاهر هي فكرة منتقدة، إذ أنها فكرة مرنة، بالإضافة إلى أن المصلحة العامة هي هدف القانون كله، ومن ثم لا تصلح هذه الفكرة أساساً لقاعدة أو نظرية معينة.

2. 1. 4 المسؤولية كأساس لنظرية الموظف الفعلي أو الظاهر

ذهب بعضاً من الفقه الفرنسي إلى أن الظاهر يمثل مصدراً لمسؤولية الإدارة المبنية على فكرة الخطأ، ذلك أن قيام الإدارة بخلق مظاهر خادعة غير حقيقة من شأنها دفع الغير إلى الوقوع في الغلط، يشكل خطأ من جانبها يقتضي قيام مسؤوليتها في مواجهة الغير عن الأضرار التي لحقت به[1].

وذهب بعضاً آخر من الفقه الفرنسي إلى قيام مسؤولية الإدارة عن المظاهر التي خلقتها ولو لم تشكل تلك المظاهر أي خطأ من جانب الإدارة إما استناداً إلى فكرة المخاطر[2]، وإما استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب[3].

أولاً: المسؤولية المبنية على الخطأ كأساس لنظرية الظاهر

إن الظاهر كمصدر لمسؤولية الإدارة التقصيرية يلعب دوراً هاماً من خلال فكرة وعود الإدارة، حيث يرى بعضاً من الفقه الفرنسي[4] إلى أن قيام الإدارة بإصدار وعود، أو بإبرام عقود غير مشروعة ليس لها أي أثر قانوني، من شأنها خلق ظاهر غير متفق والحقيقة، يؤدي بالتالي إلى خداع الأفراد وحملهم على الوقوع في الخطأ، بحيث يكون من شأن هذه التصرفات من جانب الإدارة إعطاء أمل كاذب غير حقيقي للأفراد، الأمر الذي ينجم عنه عدم حيطة وإهمال من جانب الإدارة، يستوجب قيام مسؤوليتها عن الأضرار التي قد تلحق بالأفراد، والتي تؤدي حتماً إلى قيام الأفراد بالتصرف بناءً على

---

(1) L – MARTINE, RAYNAYD: Droit Civil T, I, les personnes,1967 Op.Cit , P .(307)

(2) L – MARTINE , these precitee, P .(322) .

(3) B – GENY, essai d'une Theorie general de la collaboration des administers avec l''administration, These .NANCY, P.(1930), P.(127 et 141

(4) L- MARTINE , RAYNAYD: Droit Civil T, I, les personnes,1967 Op.Cit, P.(315)

وعود الإدارة التي يتبين فيما بعد عدم صحتها، ولا يهم في هذا الصدد حسن نية الإدارة أو سوء نيتها، حيث يثبت الخطأ بمجرد إصدارها للوعود غير المشروعة التي من شأنها إيهام الغير بغير الحقيقة.

ومـــن تطبـــيقات الظاهـــر كمصـــدر لمســـؤولية الإدارة التقصيرية، في مجال المعلومـــات التي تقدمها الإدارة إلى المتعاملين معها ويتبين عدم صحته، حيث يشترط لقيام مسؤوليتها أن يكون من شأن هذه المعلومات حمل الغير على الوقوع في الغلط، أما إذا كـــان خطـــأ الإدارة لـــيس مـــن شأنه إيهام أو خداع الغير، كما لو كان عدم صحة المعلومات من الوضوح بحيث لا تنطوي على الغير، فلا تقوم مسؤولية الإدارة في هذه الحالـــة لأن الظاهر الذي خلقته الإدارة ليس جديراً بترتيب أي آثار لوضوح عدم اتفاقه مع الحقيقة[1].

وفـــي مجال العقود الإدارية فقد تقوم الإدارة بإبرام عقود دون توافر الصلاحية اللازمـــة لإبرام هذه العقود، ويقوم المتعاقد بتنفيذ العقد دون علم ما يشوبه من عيوب، وفـــي هذه الحالة لا يمكن نسبة أي إهمال للمتعاقد مع الإدارة في قيامه بتنفيذ التزاماته، حيث من المتعذر عليه الوقوف على ما يشوب العقد من أوجه عدم المشروعية، ومن ثم كان طبيعياً أن تلتزم الإدارة بتعويضه عند بطلان العقد عن الأضرار التي قد تلحق به، والـــناجمة عـــن قيامه بخلق مظاهر خادعة أدت إلى خداع الأفراد وحملهم على التعاقد معها[2].

وترى الدراسة أن فكرة المسؤولية المبنية على أساس الخطأ لا يمكن التسليم بها كأساس لنظرية الظاهر، إذ أنها تضيق عن استيعاب مختلف حالات الظاهر، ذلك أن المسؤولية على أساس الخطأ لا تقوم إلا إذا كانت المظاهر التي من شأنها خداع الغير تعود إلى فعل الإدارة، وذلك مالا يتحقق في كثير من الحالات، لأن هناك فروضاً لا

---

(1) J- MOREOU, Dommages resultant des diverses faute de l'administration, J.C.A., fasc, 721,P.(13) .

(2) G- VEDEL, Droit Administratif, 4eme ed ., 1968, P.(215) .

يمكن أن ينسب فيها أي خطأ أو تقصير أو إهمال للإدارة في خلق المظاهر الكاذبة، بل إن الإدارة نفسها قد تقع بنفس الخطأ الذي وقع فيه الغير، ومن ثم فلا يمكن أن تقوم مسؤوليتها في هذه الحالة لعدم توافر الخطأ، وإزاء هذا النقد لجأ البعض من الفقه إلى فكرة مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر، في الحالات التي يتعذر فيها نسبة أي خطأ إلى الإدارة.

ثانياً: المسؤولية بدون خطأ كأساس لنظرية الظاهر

ذهب بعضاً من الفقه الفرنسي إلى أن صور الظاهر التي تستدعي قيام مسؤولية الإدارة لا تقف عند الخطأ، بل تقوم مسؤولية الإدارة لمجرد توافر المظاهر الخارجية الخادعة حتى ولو لم يكن من شأن هذه المظاهر أن توقع الغير في الخطأ[1].

ومن تطبيقات هذا النوع من المسؤولية في مجال وعود الإدارة، وذلك عندما لا تقوم الإدارة بتنفيذ تلك الوعود الصادرة منها تحقيقاً للمصلحة العامة أو امتثالاً لأحكام القانون أو ممارسة لسلطتها التقديرية، فلا يمكن أن ننسب أي خطأ إلى الإدارة في هذه الأحوال لأنه أولاً وأخيراً تمارس سلطتها بموجب القانون، ومن ثم فأن قبول قيام مسؤولية الإدارة عن الوعود الصادرة منها دون حاجة إلى إثبات أي خطأ من جانبها سوف يسمح بتجنب الالتجاء إلى افتراض خطأ غير حقيقي كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه الفرنسي[2].

وبالتالي فإن الظاهر قد يكون مصدراً لمسؤولية الإدارة، إما على أساس الخطأ وإما استناداً إلى فكرة المسؤولية بدون خطأ، التي تقتضي تحمل الأفراد مخاطر نشاط الإدارة إذا ما تعرض بعض الأفراد لأضرار، لأن الإدارة لم تقم به إلا لصالحهم، وعلى ذلك يجب ألا يتحمل ذلك الضرر من وقع عليه وإنما يجب أن يتوزع على الجميع.

(1) L – MARTINE, , RAYNAYD: Droit Civil T, I, les personnes,1967 Op.Cit, P (322)

(2) J.M. ANDRE ,La responsabilite de la puissance publique du fait de diverses formes dengagements non contractuels de ladministration,A..J.D.A.1975.,P.(27 et28) .

ثالثاً: الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظاهر

يرى بعضاً من الفقه الفرنسي أن الظاهر قد يكون مصدراً للمسؤولية استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب، ذلك أنه في مجال بطلان العقود الإدارية، فإن فكرة الظاهر تمثل أساس إلزام الإدارة برد مقابل ما حصلت عليه من نفع أو إثراء، إذ أن المتعاقد مع الإدارة يقدم على التعاقد مع السلطة الظاهرة، دون علم بما يشوب اختصاص هذه السلطة من عيوب معتقداً صحة اختصاصها، خاصة إذا كانت المظاهر الخارجية توحي بذلك، فإذا تبين عدم صحة العقد، فعلى الإدارة التي تسببت في خلق المظاهر الكاذبة المخادعة أن ترد مقابل ما حصلت عليه من نفع[1].

وإذا كانت الإدارة هي المتسببة في البطلان عند إبرامها لعقد من عقودها الإدارية، فإنها تتحمل وحدها تبعة هذا الخطأ، وعليها أن ترد للمتعاقد معها ما أثرت به على حسابه[2].

ويرى الدكتور مجدي عزالدين يوسف "أن فكرة المسؤولية لا تصلح لأن تكون أساساً عاماً لنظرية الظاهر، فهذه النظرية لا تهدف دائماً في صورها المختلفة في القانون الإداري إلى جبر الضرر الذي أصاب الغير بالفعل، ولكنها تهدف بالدرجة الأولى إلى تفادي ضرر محتمل الوقوع بالنسبة للغير، وذلك بإضفاء صفة الشرعية على التصرف الظاهر، كما في حالات التصرفات الظاهرة من الموظف الفعلي، ومن ثم فإن الضرر المحقق اللازم لقيام فكرة المسؤولية -أياً كانت أشكالها- لا يتحقق، وبالتالي فإن أحد الأركان الأساسية لنظرية المسؤولية غير متوافرة، وهو ما يجعل الاستناد إلى المسؤولية كأساس لنظرية الظاهر أمراً غير سليم"[3].

---

(1) B – GENY, essai d'une Theorie general de la collaboration des administers avec l'"administration, These .NANCY, Op.Cit , P.(123) .

(2) د . زكـي محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، سنة 1981، رسالة دكتوراه ص (470).

(3) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (231).

وترى الدراسة أنه لا يمكن الربط المطلق بين فكرة الظاهر وفكرة الإثراء بلا سبب، فهذه الفكرة لها عناصرها المختلفة تماماً عن فكرة الظاهر، كما أن القول بتوافر الظاهر في مختلف حالات تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب لا يخلو من المغالاة، وبالتالي فهذه الفكرة لا تصلح كأساس لنظرية الظاهر، وكذلك نرى أن فكرة المسؤولية التي ينظر إليها البعض كأساس للظاهر، لا يمكن اعتبارها أساساً عاماً لهذه النظرية، فهي وإن كانت تصلح في بعض التطبيقات التي ينسب فيها الخطأ إلى الإدارة، لمساهمتها في خلق المظاهر الكاذبة، فإنها لا تصلح أساساً لمعظم تطبيقات هذه النظرية، خاصة عندما يتوافر الظاهر دون علم أو إرادة الإدارة.

2. 1. 5 فكرة الظاهر المعقول كأساس لنظرية الظاهر

يرى بعضاً من الفقه المصري أن مظهر الحق متى كان معقولاً، ينبغي أن ينتج في العلاقة مع الغير نفس الآثار التي ينتجها الحق نفسه، فالمظهر المستقر المبرر يصلح في ذاته أساساً قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر، فالسبب في حماية الغير هو وجود المظهر، والبحث وراءه بحث فلسفي يجاوز حدود القانون[1].

ويرى بعضاً آخر من الفقه المصري، أن نظرية الظاهر أصبحت نظرية مستقلة بذاتها شأنها في ذلك شأن غيرها من النظريات، وأن ما أُثير حول هذه النظرية من أفكار تتعلق بحماية الغير حسن النية وكفالة السلام الاجتماعي، فإنها لا تصلح لأن تمثل أساساً لهذه النظرية، ولكنها تعتبر مسوغات تقوم عليها العديد من النظريات، فأساس أي نظرية هو الفكرة الأساسية التي تقوم عليها، وتشكل قوامها الذي تتميز به عن غيرها من النظريات، ومن ثم فأن الأثر الناجم عن الظاهر المخالف للحقيقة يرجع في أساسه إلى

---

(1) د . عبدالباسط جميعي: رسالته السابق الاشار إليها ص (128-130) مشار إليه في د. عاطف نصر مسلم. مرجع سابق ص(340).

الظاهر نفسه، وإلى ما يتميز به من عناصر تجعله جديراً بترتيب تلك الآثار، تحقيقاً للاستقرار والمصلحة العامة والعدالة[1].

وترى الدراسة أن فكرة الظاهر المعقول من الصعب جداً الاعتماد عليها كأساس لنظرية الأوضاع الظاهرة وخاصة في القانون الإداري، إذ أن العدالة التي فرضت الاعتداد بالظاهر المعقول حماية لحسن نية الغير، هي نفسها التي قد تقتضي في بعض الفروض الاعتداد بالحقيقة، فمصلحة الغير حسن النية توازنها في الجانب الآخر مصلحة الإدارة، ومن المحتمل في حالات معينة أن يكون صاحب المركز الظاهر شخصاً سيء النية أساء استغلال الظاهر المعقول، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز لنا تحميل الإدارة المسؤولية، لذلك نرى أن هذه الفكرة لا تصلح كأساس لنظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري.

2. 1. 6 مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد

إن جميع الأسس التي نادى بها الفقه سواء في فرنسا أو في مصر والتي تم بحثها في هذا المبحث، هي نفسها التي نادى بها الفقه لتأسيس هذه النظرية في القانون الخاص، ومن الملاحظ أن بعض الفقهاء قد حاول الاستناد إلى تلك الأسس لتبرير النظرية في القانون الإداري، ورغم ذلك لم نجد ما هو جديد حول هذه النظرية سواء كان من جانب الفقه المصري أو الفرنسي.

لذلك نجد أن مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد هو ما يميز نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري عنها في القانون الخاص، وهذا المبدأ يصلح أن يكون الأساس القانوني لهذه النظرية، ويعني هذا المبدأ أن الاعتداد بالظاهر يستهدف توفير الأمن والاستقرار في المجتمع، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لأن توفير الأمن يتعلق بالثقة في التعامل مع الإدارة، وهذه الثقة التي لا بد وأن تختل إذا لم ترتب تصرفات الإدارة مع الأفراد مختلف آثارها في الأحوال التي توحي بصحة تلك التصرفات، الأمر الذي قد يدفع الأفراد إلى العدول عن التعامل مع الإدارة وهذا بلا شك

---

(1) د . مجدي عز الدين يوسف: رسالته المشار إليها، مرجع سابق، ص (236).

يؤثر على سير المرافق العامة، ويفقد الثقة من جانب الأفراد، مع الأخذ بعين الاعتبار أن ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد،هو بحد ذاته غاية الغايات من نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري في جميع تطبيقاتها.

كما أن هذا المبدأ يقوم أيضاً في مجال القرارات الإدارية، فقيام الإدارة بسحب أو إلغاء القرار الإداري بأثر رجعي من شأنه المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، مما يؤدي إلى إحجام الأفراد عن التعامل مع الإدارة، أو انشغال الإدارة بالرد على الدعاوى المرفوعة عليها من قبل الأفراد المتعاملين معها لدى القضاء،وكل هذا يلحق أضراراً كبيرة بالإدارة ويعطل سير المرافق العامة،كذلك يقوم هذا المبدأ في مجال وعود الإدارة غير المشروعة، ونظرية المرافق العامة الواقعية، وفي مجال العقود الإدارية التطبيقات المختلفة لنظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، لذلك نرى أن مبدأ ضرورة سير المرافق العامة، هو الأساس القانوني الأقرب أو الملائم الذي تقوم عليه نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري.

2 .2. الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

سبق وأن بينت الدراسة ماهية نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، حيث بينت اتفاق الفقه والقضاء على قبول تدخل الأفراد في إدارة المرافق العامة في ظل الظروف الاستثنائية رغم عدم توافر الصفة اللازمة لهذا التدخل، وذلك لغياب السلطة الشرعية المسؤولة عن إدارة هذه المرافق العامة وذلك بسبب الحروب الداخلية، أو تعرض الدولة لغزو أجنبي "كما حدث في العراق مؤخراً "أو في حالة الكوارث الطبيعية، وغيرها من الحالات وبينا أيضاً أن المشرع مهما وضع من قواعد قانونية لضمان تسيير المرافق العامة، ومهما اتخذ من احتياطات، فأن كل هذه القواعد تصبح في حالة من الحالات غير كافية للمحافظة على سير المرافق العامة وخاصة في ظل الظروف الاستثنائية، مما يستوجب تدخل الأفراد في إدارة مرافق الدولة، وهنا نطرح التساؤل التالي: ما هو الأساس القانوني لتدخل الأفراد في إدارة تلك المرافق دون توافر الصفة اللازمة؟.

يرى بعضاً من الفقه الفرنسي أن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية هو فكرة الظاهر، ويرى هذا الجانب من الفقه أنه لابد أن يمارس الموظف الفعلي الوظيفة في هذه الظروف على مرأى ومسمع من العامة، وأن يكون ذلك دون أي منازعة من جانب الإدارة، في هذه الحالة فقط يمكن إضفاء صفة الشرعية على التصرفات الصادرة عن هذا الموظف[1].

إلا أن بعضاً آخر الفقه قد أجمع على معارضة الرأي السابق حول ضرورة توافر الظاهر في ظل الظروف الاستثنائية، حيث يستند هؤلاء إلى أن القضاء قد أضفى صفة الشرعية على التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي في مثل هذه الظروف رغم عدم توافر الظاهر، ورغم علم الغير بحقيقة مركزه، مادام أن ذلك كان ضرورياً لسير المرافق العامة[2].

2. 2. 1 موقف التشريع والقضاء والفقه المصري

أولاً: موقف التشريع المصري:

لم تتطرق التشريعات المصرية إلى الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظـل الظـروف الاسـتثنائية، ولهذا سوف تكتفي الدراسة ببيان موقف القضاء، والفقه المصري.

ثانياً: موقف القضاء المصري:

لقد أشار مجلس الدولة المصري وبشكل صريح إلى الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، حيث جاء بحكمه الصادر في 2 يونيو سنة 1964 أن "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح

---

(1) G – JEZE , les principes generaux.du droit administratif. 3e ed Tome, Op.Cit, P.(70, 112 et115)

(2) د . سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنه، مرجع سابق، ص (542).

د . ثروت بدوي: القانون الإداري، مرجع سابق، ص (57).

M.B.GENY, essai d'une Theorie general de la collaboration des administers avec l''administration, These .NANCY, Op.Cit, P(147) .

الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف، ضماناً لانتظام المرافق العامةوحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين منها باطراد ودون توقف"[1].

وترى الدراسة ومن خلال موقف مجلس الدولة المصري ومن خلال هذا الحكم أن القضاء الإداري المصري قد بين وبشكل واضح وصريح أن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ثالثاً: موقف الفقه المصري:

لقد أجمع بعضاً من الفقه المصري على أن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، يتمثل في ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهذا يتطلب إضفاء الشرعية على الأعمال التي يقوم بها من يتدخل في إدارتها دون أي سند قانوني[2].

وترى الدراسة أن الفقه والقضاء المصري قد اتفقا على أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية وهو ضرورة سير المرافق العامة، وذلك نظراً لأهمية تلك المرافق وتعلقها في معظم الأوقات بالحاجات الأساسية للمواطن والمرتبطة بحياته وأدائه لواجباته في المجتمع، لذلك نجد أن الفقه قد أجمع على أن أولى القواعد الأساسية التي تحكم هذه المرافق هي ضرورة سيرها وانتظامها دون انقطاع.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 يونيو سنة 1964 ، مجموعة السنة العاشرة، القضية رقم:1713لسن 7ق، ص (1354).

(2) د. سعاد الشرقاوي: القانون الإداري، مرجع سابق،ص (135).

د . ثروت بدوي: القانون الإداري، مرجع سابق ص (57).

د . طعيمه الجرف: القانون الإداري، مرجع سابق، ص (638).

2. 2. 2 موقف التشريع والقضاء والفقه الفرنسي

أولاً: موقف التشريع الفرنسي:

لقد اعترف المشرع الفرنسي بمبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام كأساس لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، وذلك من خلال سنه للقانون الصادر في 19 يوليو سنة 1871 الذي أضفى صفة الشرعية على تصرفات حكومة الثورة لإقليم السين(1).

وكذلك القانون الصادر في 9 أكتوبر سنة 1944 والخاص بتنظيم جميع التصرفات التي صدرت من حكومة فيشي باعتبارها حكومة ثورة(2).

وترى الدراسة أن المشرع الفرنسي قد اعترف بهذا الأساس القانوني لهذه النظرية وفي هذه الظروف الاستثنائية، وذلك من أجل إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة عن الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم أي صفة قانونية في إدارة المرافق العامة للدولة، ونرى أن هذا ينطبق على حكومة"بول بريمر" في العراق (حكومة فعليه) فكل ما قامت به هذه الحكومة في مجال إدارة المرافق العامة يُعد صحيحاً وقانونياً، وذلك استناداً لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية على الرغم من عدم مشروعية الغزو للعراق.

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي:

لقد أكد القضاء الفرنسي على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد كأساس لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية وذلك من خلال أحكامه المتعددة، ومن هذه الأحكام ما في دعوى السيد (MARION) والتي تتلخص فحواها في قيام مجموعة من الأشخاص بتكوين لجنة لرعاية مصالح أحد الأقاليم، على أثر تعرض هذا

---

(1) أنظــر التشريع الصادر في 19 يوليو سنة 1871 والخاص بتصرفات حكومة الثورة لإقليم السين.

(2) E – WOLF, La validite des actes d'un gouvernement de fait, R.D.P.1952,P.(54).

الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني، والذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفاً من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين، على أثر ذلك قام المذكور وأشخاص آخرون بالطعن بهذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة، مستندين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني، وكان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الطعن المقدم إليها رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية، وذلك استناداً إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنه إضفاء طابع الضرورة والاستعجال على التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة، مما يستتبع اعتبار هذه القرارات صحيحة وسليمة وقانونية وكأنها صادرة عن سلطة إدارية[1].

ونرى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أضفى صفة الشرعية القانونية على تلك التصرفات الصادرة من اللجنة المشكلة رغم عدم وجود أي قانون يُجيز ذلك، إنما كان بدافع الظروف الاستثنائية التي يمر بها ذلك الإقليم، وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتحديداً هذا المرفق الحيوي الهام، وهو المرفق القائم على توفير المواد الغذائية للمواطنين، وهذا يوضح لنا أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعتمد مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد كأساس قانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية.

ثالثاً: موقف الفقه الفرنسي:

لقد اجمع الفقه الفرنسي[2]، على أن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام يمثل أساساً قانونياً لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية، وذلك من خلال

---

(1) C.E., 5 mars . 1948, MARION et autres, rec., p.(113) ; S. 1948, III, 53, note J.P. CALON; R.D.P.1948, P.(270) note de GERVAIS. Le conseil d'etat declare que "dans la mesure ou les circonstances exceptionnelles, nees de L'invasion, leur (actes) Conferaient une caractere de necessite et d'urgence, ils devaient, bien qu'emanant de l'authorites, etre regardes comme administrative

(2) P. NONTANE, L'inertue de pouvoir public, These paris, 1950,P.(501).[1]

تأييده لموقف القضاء الإداري الفرنسي، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول "ونظراً لأهمية المرافق العامة وارتباطها بالحاجات الأساسية للمواطنين، فإن الأمر يتطلب الحرص كل الحرص على دوام سير تلك المرافق وبغض النظر عن الشخص القائم بذلك"، ويرى أن محل الاهتمام بالدرجة الأولى هو استمرار سير المرافق العامة في انتظام واضطراد وفي هذه الظروف تحديداً، ولا يهم من يكون الشخص القائم بهذه الأعمال[1].

ومن خلال هذا نستطيع القول بأن الفقه الفرنسي قد أجمع على أن دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد هو أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.

2. 3 تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

من تطبيقات نظرية الموظف الفعلي تطبيقان هما: أولاً تطبيق نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية، ويتمثل ذلك في صدور قرار تعيين، أو انتخاب أحد الأشخاص في إحدى الهيئات اللامركزية على نحو غير مشروع. ثانياً: تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، ويتمثل هذا التطبيق في حالات الكوارث الطبيعية، أو الاضطرابات الداخلية، أو الحرب الخارجية التي تؤدي بدورها إلى اختفاء السلطات الشرعية، وتتوقف بالتالي المرافق العامة الأساسية، فتطبيق نظرية الموظف الفعلي تفرضه هذه الظروف؛ ضماناً لسير المرافق العامة على أساس فكرة الضرورة، لا على أساس فكرة الأوضاع الظاهرة في ظل الظروف العادية.

=F. WODIE,I inexistence des actes juridiques unilateraux en droit administrative francaisA.J.D.A.1969, P.(34) .

A.. CLOGEROPOULOS ,Le controle de la lagalite externe des actes administrative unilteraux,These Paris,1975 P (162) .

A. DELEBLOND, L'incompetence des authorites administratives dans la jurisprudence administrative, These. Paris, 1982, P(202).

DE. LAUSADERE, Op.Cit.,P.(334) .

(1) R .CRISTINI , L' intervention de Tiers dans L'administration etudes publiees sous direction de O.P. Gilli, 1973, P.(82).

2. 3. 1 تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

أســس الفقه والقضاء نظرية الموظف الفعلي في ظل هذه الظروف على أساس فكــرة الاعــتماد علـــى الظاهر، فيبدو هذا الموظف في أعين الكافة، وكأنه يشغل هذه الوظــيفة علـــى نحـــو قانوني، على خلاف الحقيقة، فيتوفر له مظهر الموظف الأصيل ظاهرياً، وإن لم يكن في حقيقة الأمر موظفاً من الناحية القانونية، حيث يستبعد وبصفة نهائــية أن تلزم الأفراد بأن يتحققوا من وجود مشروعية التأهيل القانوني الذي يتمتع به الموظفــون العمومــيون، فعــند تعيين أحد الأشخاص على نحو غير قانوني في إحدى الوظائف الإدارية العامة، أو انتخاب أحد الأشخاص في إحدى الهيئات اللامركزية على نحـــو غـــير مشروع، فيقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصات هذه الوظيفة، وإصدار القـــرارات اللازمـــة لذلـــك، ومـــن هـــذا المنطلق فقد أسبغ الفقه والقضاء على هؤلاء الأشخاص صبغة الموظفين الفعليين تأسيساً على "فكرة الأوضاع الظاهرة" حيث يتوافر لهم فعلاً مظهر التعيين في الوظيفة العامة[1].

أولاً: تطبيق انتفاء الصفة الوظيفية نتيجة بطلان التعيين أو الانتخاب

يسري هذا التطبيق على الشخص الذي تولى إحدى الوظائف العامة لفترة من الزمان، وهو في أعين الناس موظف رسمي؛ لعدم وضوح عدم مشروعية تعيينه إلى أن تبين بطلان تعيينه،أو انتخابهفيهذه الوظيفة، ويرجع بطلان قرار التعيين إلى احتوائه على عيب من العيوب التي تمس القرار الإداري وسوف نتناول هذه العيوب في حالاتها الخمس وهي:

---

(1) د. مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق. ص (208) د. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق ص (64).

د. محمد عبدالباسط: القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، ص (358).

د . ملكية الصروخ: نظرية المرافق العامة، دراسة مقارنة، ط2، 1992، ص (132).

1. عيب في عدم الاختصاص

ويتمثل هذا العيب في حالة صدور قرار التعيين من سلطة غير مختصة بإصداره، وعدم الاختصاص بوجه عام يعني عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف معين، حيث يتعين على كل موظف من موظفي الدولة مزاولة الاختصاص والمهام المنوطة به فقط، فيجب على كل عضو من أعضاء السلطة العامة، أياً كان فرداً، أو جهة إدارية جماعية ألاّ يمارس عملاً قانونياً إلا إذا كان مؤهلاً قانوناً للقيام به، وعليه مزاولته طبقا لمقتضى القواعد القانونية التي تعمل على تبيان الاختصاصات ومهام السلطة الإدارية[1]، ويكون للاختصاص الوظيفي أو مصادر التأهيل القانوني الذي يستمد منها الموظف، أو الهيئة الإدارية صلاحية إصدار القرارات الإدارية، وتتمثل هذه المصادر في النص القانوني، والتفويض، والحلول، والإنابة، والسلطة الرئاسية، وقاعدة توازي الاختصاص[2].

2. عيب في الشكل والإجراءات

ويتمثل هذا العيب بعدم اتباع الشكليات والإجراءات الواجب توافرها لصحة التعيين. حيث لا يكفي لمشروعية القرار الإداري أن يصدر من الجهة المخولة قانوناً لإصداره، بل يتعين أن يصدر بالشكل المحدد والمرسوم لإصداره. ويقصد بعيب الشكل مخالفة القرار الإداري للقواعد الشكلية التي أوجبتها القوانين والأنظمة للصياغة الخارجية للقرار الإداري، أما عيب الإجراءات فهناك العديد من القرارات الإدارية التي تأتي نتيجة لسلسلة متصلة من الإجراءات الإدارية المتلاحقة والمتتابعة، فيتعين لمشروعية هذه القرارات استيفاء تلك الإجراءات التمهيدية لإصدار القرار مثل: الاستشارة الإجبارية قبل اتخاذ القرار الإداري. ومن تطبيقات عيب الإجراءات ما يظهر في حالة القرارات الصادرة عن المجالس الإدارية، فقد أصدرت محكمة العدل العليا

---

(1) د. محسن خليل: القضاء الإداري اللبناني، ص(481) .

د. أحمد عوده الغويري: قضاء الإلغاء في الأردن، الطبعة الأولى سنة 1989، ص(329).

(2) د .علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الإداري،ج2.ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع 2004 ص(693).

قضت محكمة العدل العليا حيث قالت: "أما قول وكيل المدعى عليه لم يشترط القانون تسبيب القرار، فإن ذلك لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل لابد من أن يقوم القرار الإداري على سبب يسوغه في الواقع والقانون"(1)، كأن يصدر قرار التعيين دون توافر الشاغر.

5. عيب الانحراف في استخدام السلطة

والمقصود بهذا العيب هو استخدام الموظف لصلاحياته القانونية لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من أجله أسندت إليه تلك الصلاحيات(2)، فالقرار المشوب بعيب الانحراف في استخدام السلطة قرار سليم ومشروع من حيث الاختصاص، والشكل والإجراءات والمحل؛ لكنه معيب من حيث الغاية، إذ إنه يستهدف تحقيق غاية غير تلك الغاية التي من أجل تحقيقها أنيطت تلك الصلاحيات القانونية بمصدر القرار، لهذا فإن إثبات الانحراف في استخدام السلطة يقود القضاء إلى البحث عن النوايا الشخصية لمصدر القرار وتحديد بواعثه الشخصية. فقد قضت محكمة العدل العليا بأنه:" وحيث إن هذا العيب يخول المحكمة أن تمتد برقابتها إلى البواعث والدوافع التي حملت الإدارة على إصدار قرارها بصرف النظر عن كون القرار قد صدر عن شخص مختص، واستوفى الإجراءات الشكلية وأنه مطابق للقانون. ولما كان على رجل الإدارة أن يستهدف في أي قرار يصدره تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة سلطته التقديرية. فإذا خلا قراره من تحقيق ذلك الهدف كان مشوباً بعيب إساءة استخدام السلطة"(3).

أما بطلان انتخاب الموظفين الذين يتولون وظائفهم عن طريق الانتخاب في إحدى الهيئات اللامركزية، فيرجع للأسباب الآتية:

1. عدم توافر شروط الترشيح.

---

(1) عدل عليا: رقم 37 /74، مجلة نقابة المحامين 1974، العددان السابع والثامن لسنة الثالثة والعشرون، ص (829).

(2) د. أحمد عوده الغويري: مرجع سابق، ص (383).

(3) عدل عليا: رقم 1964/83، مجلة نقابة المحامين 1965،ص (21) .

2. عدم الالتزام بإجراءات الانتخاب.

3. عدم صحة إجراءات فرز الأصوات.

ثم يبدأ هذا الموظف بممارسة اختصاصات تلك الوظيفة، ويصدر القرارات، وينجز بعض الأعمال ويبدو في أعين الكافة من الناس موظفاً رسمياً؛ لعدم وضوح بطلان تعيينه أو انتخابه، ثم يُعلن بعد ذلك بطلان تعيينه، أو انتخابه في هذه الوظيفة وقد يصدر الحكم بعد سنوات طويلة[1]، وهنا يُثار التساؤل عن صفة هذا الشخص، وقيمة التصرفات التي صدرت بوساطتهأثناء مزاولة الوظيفة في المدة السابقة على إلغاء التعيين أو الانتخاب؟.

يذهب الفقه والقضاء الإداري إلى أن هذا الشخص يُعد من الموظفين الفعليين وذلك على أساس فكرة الأوضاع الظاهرة، حيث يتوافر له فعلاً مظهر التعيين في الوظيفة العامة، ويبدو في أعين الكافة، وكأنه يشغل وظيفتهعلى نحو قانوني على خلاف حقيقة الأمر، وهكذا يتوافر لهذا الشخص مظهر الموظف الأصيل ظاهرياً وإن لم يكن في حقيقة الأمر موظفاً من الناحية القانونية[2].

أما فيما يتعلق بأعماله وتصرفاته الصادرة عنه أثناء شغله الوظيفة، فلو حكمنا المنطق، والعقل، والقواعد القانونية، لكانت جميع الأعمال التي قام بها باطلة ولا يقام لها أي اعتبار، ولكن تفادياً لمواجهة المشاكل العديدة التي يثيرها بطلان التعيين لجأ الفقه والقضاء سواء في فرنسا، أو في الأردن، أو في مصر إلى إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة عن الموظف الذي تقرر إلغاء تعيينه من تاريخ التعيين أو الانتخاب حتى تاريخ الحكم بالإلغاء ما دام أنها غير مشوبة بأحد أوجه عدم المشروعية الأخرى أسوة بالأعمال والتصرفات التي يقوم بها الموظفون الرسميون الذين تقلدوا الوظيفة العامة طبقاً لأوضاعها القانونية، وذلك حماية لمصالح الغير الذي تعامل معه واعتمد

---

(1) د. إبراهـيم عـبد العزيـز شيحا: مبادئ القانون الإداري اللبناني. الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص (140).

(2) د . ماجد راغب الحلو: نظرية الظاهر في القانون الإداري، مرجع سابق، ص (66).

على المظاهر الخارجية التي توحي فعلاً بأنه موظف قانوني، وذلك تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي، والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[1].

وستقوم الدراسة ببحث هذا التطبيق ضمن آثار نظرية الموظف الفعلي في الفصل الأخير من هذه الدراسة بشكل مفصل أكثر.

ثانياً: تطبيق الاستمرار في شغل الوظيفة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية

تنطبق هذه الحالة على الشخص الذي يمارس أعمال الوظيفة بعد زوال صفته القانونية في ممارستها سواء أكان معيناً أم منتخباً، ويقوم هذا الشخص بممارسة العمل الإداري، ويصدر القرارات الإدارية رغم انتهاء الرابطة القانونية، كما لو أُحيل على التقاعد أو انتهاء مدة توليته في الوظيفة – سواء أكان تعيينه بقرار إداري أم عن طريق الانتخاب– أو بعد قبول استقالته صراحة، أو بعد وقفه عن العمل– سواء أكان الوقف بقوة القانون أم كإجراء احتياطي أم كجزاء تأديبي–،وقد بين نظام الخدمة المدنية الأردني الحالات التي تنتهي فيها خدمة الموظف وهي:

---

(1) د . مجدي عز الدين يوسف: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي .مرجع سابق، ص، (317).

د . محمد أبو زيد: المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية 1999 ص (611).

د . علي خطار شطناوي: مبادئ القانون الإداري الأردني. مرجع سابق، ص 0(282).

د . أحمد عبد القادر الجمال: القانون الإداري المصري والمقارن،د،ن، سنة 1955، ص (180).

د . توفيق شحاتة: مبادئ القانون الإداري ج 1مرجع سابق، ص (474).

د . عثمان خليل: القانون الإداري ط 4، دار الفكر العربي سنة1951 ص(403,404).

د . سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنه دار الفكر العربي.ط8، ص (541).

د . طعيمه الجرف: القانون الإداري، دار النهضة العربية،سنة 1964، ص (289).

د. مصطفى أبو زيد: الوجيز في القانون الإداري ج1 سنة 1957 ص (143، 144).

Jeze : Les prin gener dudr adm, Op. Cit .pp.314a317.

Waline : droit administrative, 9e ed, p.633 .

"1. قبول الاستقالة. 2. فقدان الوظيفة. 3.عدم اللياقة الصحية. 4. الاستغناء عن الخدمة. 5. العزل من الوظيفة. 6. بلوغ السن القانونية لانتهاء أو إنهاء الخدمة على أن تراعى أحكام قانون التقاعد. 7. فقد الجنسية الأردنية. 8. إلغاء الوظيفة والتسريح. 9. الإحالة على التقاعد. 10. انتهاء الخدمة أو الإعفاء منها وفقاً لأحكام المادة (19) من هذا النظام"[1].

وعلى الموظف في مثل هذه الحالات الامتثال إلى أمر القانون والامتناع عن ممارسة أي عمل أداري، وبما أن علاقة الموظف بالإدارة علاقة مؤقتة فلا يمكن أن تستمر هذه العلاقة إلى الأبد، غير أن الظروف قد تستدعي استمرار الموظف في عمله بعد انتهاء صلته بالوظيفة. فما حكم تصرفات هذا الموظف؟

ثالثاً: حالة التفويض غير المشروع

لقد كثرت في الآونة الأخيرة أعباء الدولة، وتعددت مطالبها الأمر الذي أدى إلى ازدياد أعباء الرؤساء، وإبراز الحاجة إلى التفويض لما يحققه من تخفيف العبء عن هؤلاء الرؤساء حتى يتفرغوا لأمور أخرى أكثر أهمية لاتخاذ القرار الإداري، فالتفويض في الدولة الحديثة أصبح أمراً مقضياً؛ لأنه يؤدي إلى تخفيف ضغط العمل وسرعة اتخاذ الحلول، وتوفير الوقت، والجهد، وتدريب المرؤسين على ممارسة قسط من سلطة الرئيس الإداري. لذلك قيل: إن تفويض الاختصاص، هو تفويض سلطة وليس تفويض مسؤولية، إذ تبقى مسؤولية صاحب الاختصاص قائمة رغم التفويض.

سوف نتناول هذا التطبيق من خلال تعريف التفويض، وشروطه، وموقف الفقه والقضاء منه.

1. تعريف التفويض

يُعد التفويض وسيلة أساسية ومهمة لتوزيع الاختصاص بين مختلف السلطات الإدارية، فهو أداة لتعدد وتنوع مراكز اتخاذ القرارات الإدارية، وقد عرف جانب من الفقه الأردني التفويض بأنه: "إجراء إداري يخول بمقتضاه صاحب الاختصاص الأصيل

(1) المادة 158 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة (2002).

موظفاً آخر، أو جهة أخرى صلاحية اتخاذ بعض الأعمال القانونية بدلاً منه، ولكن تحت إشرافه ورقابته"[1].

وقد عرفه جانباً من الفقه المصري بأنه:"هو أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون إلى معاونيه المباشرين بناء على نص قانوني، وهو في جوهره يحمل مسئوليةً مزدوجة، فالشخص الذي فوضت إليه السلطة يصبح مسؤولاً عن ممارستها حيال من فوضها إليه، ومع ذلك يبقى الرئيس الإداري مسؤولاً عن العمل الذي فوضه وعن نتائجه"[2].

2. شروط التفويض

الشرط الأول: وجود نص قانوني صريح يجيز التفويض:

حيث تقتضي مشروعية التفويض أن يكون هناك نصاً تشريعياً صريحاً يجيز التفويض سواء كان ذلك بموجب القانون أو النظام، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا من خلال أحكامها حيث جاء في حكم لها بأنه:" إذ إنه من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولا يحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح ولا يوجد في القانون ما يجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه وكيل الوزارة لممارسة الصلاحية المبحوث عنها"[3].

---

(1) د . علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الإداري، ج2، مرجع سابق ص (695).

(2) د. سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة مرجع سابق، ط5، ص (286).

د . عثمان خليل: القانون الإداري سنة 1960، ص (267).

د . وحيد رأفت: القانون الإداري سنة 1939، ص (260).

د . عبد الحميد متولي: القانون الإداري سنة 1938، ص (86).

د . ماجد راغب الحلو: الإدارة العامة ص (196) وما بعدها.

(3) عدل عليا : رقم 1954/18، مجلة نقابة المحامين 1954،ص(364).

وترى الدراسة ومن خلال هذا الحكم أن اجتهاد محكمة العدل العليا مستقر على عدم مشروعية التفويض في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك، وعليه يترتب بطلان وعدم مشروعية القرارات الصادرة عن المفوض إليه.

الشرط الثاني: أن يكون التفويض جزئياً:

إن الغاية من إقرار التفويض في مختلف التشريعات جاء لكي يخفف عن كاهل الرئيس، أو المسؤول بعض المهام والصلاحيات الملقاة على عاتقه حيث لا يجوز أن يفوض صاحب الاختصاص جمبع صلاحياته واختصاصاته وإلا أصبح ذلك بمنزلة تنازل عن الوظيفة[1].

الشرط الثالث: أن يكون التفويض مؤقتاً:

حيث تقتضي مشروعية التفويض أن يكون محدداً من صاحب الاختصاص بفترة زمنية محددة، لكي يتسنى للمفوض إليه ممارسة الصلاحيات والاختصاصات المفوضة، وفي حال انتهاء الفترة المحددة، دون تجديدها بقرار جديد من صاحب الاختصاص، فهذا يعني فقدان المفوض التأهيل القانوني لاتخاذ أي قرارات جديدة بعد انتهاء المدة المحددة[2].

وبعد أن تم تعريف التفويض وشروطه فلابد من الإشارة إلى أن قواعد الاختصاص شرعت لتضع قواعد ملزمة للسلطة الإدارية بغية تحقيق الصالح العام، ويترتب على مخالفة هذه القواعد، أو تجاوزها أن يشوب القرار الإداري عيب يؤدي به إلى الإلغاء ويجب على الموظف احترام هذه القواعد وحدودها الزمانية، والمكانية، والموضوعية، والشخصية.

---

(1) C .E : 8/3/1950, Rec. p (85).

مشار إليه في. د. علي خطار شطناوي مرجع سابق، ص (696

(2) د . علي خطار شطناوي: مرجع سابق، ص (696).

وقد خرج المشرع استثناءً على الممارسة الشخصية لقواعد الاختصاص تحقيقاً للمصلحة العامة[1]، وذلك تفادياً للنتائج الضارة التي سوف تلحق بالغير حسن النية الذي من المتعذر عليه العلم بعدم مشروعية التفويض، أو بتجاوز المفوض إليه لحدود هذا التفويض، ولابد هنا من طرح السؤال الآتي: هل يمكن في هذه الحالة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المفوض إليه بمقتضى هذا التفويض الباطل، وفي حالة عدم وجود أي خطأ أو تقصير من جانب الغير؟ وبما أن الدراسة لم تجد أي رأي للفقه الأردني حول هذا التطبيق، فهي تكتفي بالإجابة عن ذلك من خلال موقف القضاء الإداري الأردني والفقه والقضاء في كلٍ من مصر وفرنسا.

3. موقف القضاء والفقه

موقف القضاء الأردني

يتبين من خلال الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا، أنها لم تأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض غير المشروع، وذلك لعدم وجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك، واعتبار جميع التصرفات الصادرة عن المفوض إليه تفويضاً غير مشروع، تصرفات باطلة فقد قضت بأنه: "إذ إنه من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولا يحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح، ولا يوجد في القانون ما يجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه وكيل الوزارة لممارسة الصلاحية المبحوث عنها"[2].

وجاء في حكم آخر لها بأنه:" أما قانون العمل فلم ينص في الفصل الثالث عشر على أن للوزير أن يفوض الوكيل والقاعدة، أنه إذا أناط القانون بشخص ما صلاحية، فلا يجوز له تفويض غيره بممارستها إلا إذا ورد نص خاص على التفويض ولذلك ليس لوزير العمل أن يفوض وكيل الوزارة بتولي صلاحياته بخصوص النقابات لعدم وجود

(1) د . مجدي عز الدين. يوسف: المراكز الظاهرة والفعلية في القانون الإداري، ص (8).

(2) عدل عليا:رقم 1954/18، مجلة نقابة المحامين 1954، ص (364).

نص بذلك. وحيث إنه يستفاد من الكتابين الصادرين عن وكيل الوزارة تحت عنوان:(عن وزير العمل) بأنه قصد فصل المستدعي من لجنة إدارة النقابة؛ لأنه حكم بجريمة الرشوة، وهو غير مخول قانوناً بذلك، فيكون قد خالف القانون"[1].

وترى الدراسة ومن خلال هذه الأحكام أن محكمة العدل العليا لم تأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض غير المشروع، ففي الحكم الأول ذكرت صراحة عدم مشروعية التفويض الذي لا يستند إلى نص قانوني يجيزه، وعدت جميع التصرفات الصادرة عن المفوض إليه باطلة، وكذلك في حكمها الثاني.

موقف القضاء المصري

يتبين من خلال الأحكام العديدة والصادرة عن القضاء الإداري المصري أنه لم يؤيد تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل، حيث عدَّ مجلس الدولة المصري – وهو أعلى سلطة قضائية إدارية في مصر– أن القرار الصادر بناءً على تفويض غير مشروع هو قرار باطل ومشوب بعدم الاختصاص، وأحياناً قضت بأن هذا القرار معدوم وليس له إثر، فقد جاء بحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه:" أن المرسوم بقانون رقم 35لسنة1931م، أعطى اختصاصات معينة لمدير عام مصلحة السكة الحديدية بالنسبة لطائفة من موظفيها بالمخالفة للقانون الذي لا يجيز التفويض في هذه الاختصاصات، بل يتعين أن يباشر الاختصاصات من عينة القانون بالذات، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه الصادر من سكرتير عام مصلحة السكة الحديدية بفصل المدعي ينطوي على نوع من اغتصاب السلطة"[2].

وقضت في حكم آخر الذي جاء فيه:"أن الثابت من رد الجهة الإدارية أنه لم يصدر أي تفويض للمحافظين في اختصاص وزير التربية والتعليم المنصوص عليه في

---

(1) عدل عليا:رقم 1978/80، مجلة نقابة المحامين، 1979، ص (174).

(2) حكم القضاء الإداري في 5 يناير سنة 1954، مجموعة السنة الثامنة ، ص (373)

المادة (28) من القانون رقم (160) لسنة 1958 بشأن غلق المدارس الخاصة إداريا"[1]، وألغت القرار الصادر من المحافظ والخاص بغلق إحدى المدارس الخاصة غلقاً إدارياً، وذلك لعدم الاختصاص.

وترى الدراسة أن القضاء المصري لا يأخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي على التفويض غير المشروع، وقد نهج القضاء المصري منهج القضاء الفرنسي، والذي سنستعرضه فيما بعد.

موقف القضاء الفرنسي

لقد فرق القضاء الفرنسي في تطبيقه لنظرية الموظف الفعلي بين حالة غياب التفويض كلية، و حالة بطلانه[2]، فالقرار الذي يتخذه المرؤوس في حدود اختصاصات رئيسه رغم عدم صدور تفويض له في إصدار ذلك القرار، فإنه يبطل إذا تم الطعن فيه لصدوره عن موظف غير مختص في إصداره، لذلك عد مجلس الدولة الفرنسي قرار الاستيلاء الصادر عن السكرتير العام للمحافظة باطلاً؛ لأنه لم يفوض في ذلك[3]، وهنا لم يقم مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية الموظف الفعلي، وحجته بذلك، أن من وقع في الغلط بالنسبة لصفة مصدر القرار ليس معذوراً في غلطه، في حين نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بصحة بعض التصرفات رغم صدورها من موظف غير مفوض بإصدارها، وذلك استناداً إلى فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية وليس على أساس نظرية الموظف الفعلي[4].

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 25 يناير سنة 1967، مجموعة الخمس عشر عاما من سنة 1965 حتى سنة 1980، الجزء الأول، ص(310)

(2) E . jouve, Recherches sur la notion dapparence, R.D.P.,1968, p(322) .

(3) مشار أليه د. ماجد راغب الحلو: بحث بعنوان، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مرجع سابق، ص(71).

(4) مشار أليه د. ماجد راغب الحلو: بحث بعنوان، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مرجع سابق، ص(72).

هذه العقود فيما يتعلق بشؤون الأسرة ونسب الأولاد، وقضت محكمة النقض الفرنسية في7 أغسطس سنة 1883م، بنقض حكم محكمة السين المشار إليه، وعدت هذه العقود صحيحة،ومنتجةلآثارها القانونية[1]، استنادا إلىأن العمدة يتمتع بسلطة التفويض الاختياري فيمن يعهد إليه بهذه الوظائف لدى حدوث مانع لديه، وذلك وفقاً للقوانين القديمة فضلاً عن أن القوانين اللاحقة لا تتضمن نصاً يقضي بالبطلان في حالة التفويض المخالف لها، وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات التي انصبت على الأساس الذي يقوم عليه من جانب الفقه الفرنسي.

وترى الدراسة أن حكم محكمة النقض الفرنسية جاء مراعاة لمصالح الغير الذين تعاملوا مع الموظف غير المختص بحسن نية ظناً منهم بأنه الموظف القانوني صاحب الاختصاص؛ لأنه من غير المعقول أن يطالب الأفراد المقدمون على الزواج من القائم على إبرام هذه العقود إثباتاً أنه الموظف القانوني الذي أنيطت به هذه التصرفات مادامت كل الدلائل تُشير بأنه الموظف القانوني، إضافة إلى ذلك أنه من الصعب جداً إلغاء عقود الزواج وما ينتج عن ذلك من آثار عائلية واجتماعية من الصعب جداً تفاديها[2].

وفي نهاية البحث في موقف القضاء الفرنسي من التفويض الباطل، وتطبيق نظرية الموظف الفعلي، حيث تستطيع الدراسة القول إن موقف مجلس الدولة الفرنسي كان ضد تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالات التفويض الباطل، حيث جرت أحكامه على إلغاء القرارات الصادرة بناء على تفويض باطل لعدم الاختصاص[3].

ويعود ذلك إلى صعوبة التماس إي عذر للغير في الجهل بالمركز الحقيقي غير المشروع للموظف المفوض إليه؛ لذلك لم يقر مجلس الدولة الفرنسية مثل هذه التصرفات

---

(1) المرجع السابق، ص(613) .

(2) J eze : les principes generaux.du droit administratif. 3e ed Tome p. 321 et s.
Waline : Traite. de dr . adm 6e e'd p.(410) .
Trib . de Roche-sur.0n 13Mars 1885 Dalloz 1885-2-55 .

(3) C.E , 20 dec. 1963, demoiselle de HOLGONCT , R.D.P. 1963 , p. (130) .

التي يقوم بها من كان مفوضاً تفويضاً باطلاً.في حين هنالك مَنْ يعد التصرفات صحيحة إذا توافر الظاهر الذي يؤدي إلى وقوع الغير في الغلط بشأن صحة التفويض[1].

الموقف الفقهي

موقف الفقه الأردني

لـــم تعـــثر الدراسة على أي رأي للفقه الأردني حول نظرية الموظف الفعلي في حالـــة التفويض الباطل، وترى الدراسة مادام أن القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة العدل العليا قد أخذ بنظرية الموظف الفعلي بشكل عام، وأن هذا التطبيق هو أقل مخالفة ممن يمارس العمل بطريقة غير مشروعة، أوفي حالة اغتصاب الوظيفة أو السلطة، فمن باب أولـــى الاعتراف بحالة الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل آخذين بعين الاعتبار مـــبدأ حسن نية الغير الذي تعامل مع الموظف الفعلي باعتباره صاحب الاختصاص، أو المفـــوض بطريقة شرعية، والمحافظة على الحقوق المكتسبة للأفراد، والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

موقف الفقه المصري

لقـــد أيـــد الفقه المصري الرأي المؤيد لإعمال نظرية الموظف الفعلي في حالة الـــتفويض الباطل، حيث يرى أن التفويض الباطل أو غير المشروع هو شبيه في حالة التعييـــن غـــير المشـــروع، وأن المركز القانوني للموظف المفوض إليه تفويضاً غير مشـــروع هو أيضا شبيه بالمركز القانوني بالموظف المعين تعييناً غير مشروع، وعلى هـــذا الأساس يرى الفقه المصري أنه لا ضير من تطبيق نظرية الموظف الفعلي على الـــتفويض غير المشروع – وقد عارض جانب من الفقه المصري موقف مجلس الدولة المصري في موقفه من تطبيق نظرية الموظف العام في مثل هذه الحالة وسوف نتعرف علـــى ذلـــك الموقـــف من خلال موقف القضاء المصري– وذلك من أجل إضفاء صفة الشرعية على التصرفات التي قام بها المفوض إليه بتفويض غير مشروع حماية للغير

---

(1) JJD. SOTO, contribution a la theorie des nullities des actes administrative unilateraux, these 1941, p . (74)

حسـن النية، حيث من الصعب عليهم العلم بعدم الشرعية لهذا التفويض فهو عيب غير ظاهـر للعـيان، وكذلـك لأن هذه النظرية- نظرية الموظف الفعلي- جاءت لمصلحة الأفراد الذين وقعوا في الغلط، وظنوا أن هذا الموظف هو الموظف المختص[1].

وترى الدراسة أنه ليس من العدل أن يقع الأفراد المتعاملون مع الإدارة ضحية لمثل هذه المواقف التي من غير الممكن عليهم الوقوف على حيثيات عدم مشروعية هذا التفويض؛ لذلك أجمع الفقهعلىاعتبارهذه التصرفات الناتجةعن ممارسة هذا الاختصاص نتيجة التفويض الباطل تصرفات مشروعة وسليمة متطلعة من وراء ذلك إلى حماية الأفراد[2]. إضافة إلى تعقيدات الحياة وتشابك المصالح وتدخل الإدارة في مختلف النشاطات من شأنه أن يجعل حماية هؤلاء على درجة كبيرة من الأهمية، لما يترتب عليه من ضمان لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، والمحافظة على ثقة الأفراد بالسلطة.

موقف الفقه الفرنسي

لقد انقسم الفقه الفرنسي إلى قسمين حول تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل، فمنهم من كانمؤيداً لتطبيق نظرية الموظف الفعلي على حالة التفويض الباطل، ومنهم من كان معارضاً لهذا التطبيق، وسوف تقوم الدراسة بتوضيح ذلك من خلال استعراض موقف كل طرف.

---

(1) د . محمـد إبراهـيم المولـى: نظرية التفويض الإداري، القاهرة دار الفكر العربي سنة 1979، ص (441).
د . سليمان الطماوي: القانون الإداري، طبعة سنة 1984، ص (391).
د . عثمان خليل: القانون الإداري، الطبعة الرابعة سنة 1960 ص (404).
د . مصطفى أبو زيد: الوجيز في القانون الإداري، ج1 سنة 1957، ص (163)

(2) د . ماجد راغب الحلو: بحث منشور، مرجع سابق، ص (71).

موقف الفقه المؤيد لهذا التطبيق:

حيث يرى هذا الجانب أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض غير المشروع وذلك لأن المركز القانوني للموظف الذي عين تعييناً غير مشروع لا يختلف كثيرا عن المركز القانوني للموظف الذي صدر إليه تفويض غير مشروع، فالتفويض الباطل لا يختلف عن التعيين الباطل[1]، ولا يوجد بينهما ما يسوغ بطلان التصرفات التي يقوم بها المفوض إليه إذا ما توافرت المظاهر المختلفة التي تدفع الغير إلى الاعتقاد بصحة ذلك التفويض، لذلك لا يوجد بين هذه الحالات ما يستدعي قصر تطبيق نظرية الموظف الفعلي على حالات التعيين الباطل، وعدم تطبيقها على حالات التفويض الباطل[2]، إلا أنهم يرون ضرورة التفرقة بين حالتين وهما:

حالة التفويض الباطل لموظف لا تتوافر فيه أهلية ممارسة الاختصاص المفوض فيه، وحالة التفويض الباطل لموظف يملك سلطة ممارسة الاختصاص المفوض فيه.

أ. التفويض الباطل لموظف لا تتوافر فيه أهلية ممارسة الاختصاص المفوض فيه

فيرون عدم إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي في مثل هذه الحالة وذلك لأن وقوع الغير في الغلط ليس له ما يسوغه، وإنه لا يوجد أي عذر لجهل الغير بعدم شرعية التفويض؛ لأن القانون لا يجيز التفويض إليه؛ ومن ثم فإن اعتقاد الغير بصحة شغل المفوض إليه للوظيفة ليس له ما يسوغه، وبالتالي لا يستحق الغير أن يكون محلا لأي حماية من جانب الفقه أو القضاء.

ب. التفويض إلى موظف يملك سلطة ممارسة الاختصاص المفوض فيه

ففي مثل هذه الحالة فإن بطلان التفويض عائد إلى حالات غير منصوص عليها، فإن نظرية الموظف الفعلي يمكن تطبيقها حسب رأى المؤيدين لأعمال هذه النظرية في

---

(1) JJD. SOTO, contribution a la theorie des nullites des actes administratif unilateraux, these Op. Cit.p.(73)

(2) THERSINE, la nomination des agents public en droit francais , these , PARIS , 1981 ,p. 382

مثل هذه الحالة، وذلك لإسباغ الشرعية على تصرفات المفوض إليه؛ لأن الأمر هنا يتعلق بحماية الغير حسن النية، وللمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، حيث يتعذر على الغير معرفة حقيقة الأمر خاصة، وإن الموظف الذي قام بالتصرفات من السهل جدا تفويض السلطة إليه[1].

وترى الدراسة أن هذه التفرقة هي من شروط تطبيق نظرية الموظف الفعلي، حيث يشترط لتطبيقها أن يجهل الغير حقيقة المركز غير المشروع للموظف، ويتحقق ذلك عندما يتعذر على الجميع العلم بحقيقة مركز الموظف غير المشروع.

موقف الفقه المعارض لهذا التطبيق:

رفض هذا الجانب تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل، بحجة أنه إذا كان إلغاء التصرفات التي تمت بناء على تفويض باطل- بحجة أن التفويض الباطل شبيه بالتعيين الباطل الذي يخضع لنظرية الموظف الفعلي- ليست أقل خطورة نظراً لما قد تسببه من العديد من التجاوزات، ويرى هذا الجانب ضرورة التفرقة بين التفويض الباطل، والتعيين الباطل[2]، فمن الناحية النظرية ففي حالة التفويض الباطل، فإن الموظف المختص موجود لجانب الموظف المفوض إليه، وبالتالي فإن قيام الموظف المفوض إليه بممارسة اختصاص الموظف صاحب الاختصاص بناء على تفويض باطل، فهذا يشكل اعتداءً علىاختصاص الموظف الأصيل،فمن السهل جدا إلغاء هذه التصرفات لعدم الاختصاص، حيث لا توجد أية ضرورة تستدعي الإبقاء عليها مع وجود الموظف المختص.

أما تعيين أحد الأشخاص في وظيفة ما ينبغي أن يكون هو الشخص الوحيد الذي يمارس أعباء هذه الوظيفة، واختصاصها ولذلك فمن الواجب إبقاء التصرفات التي قام

---

(1) JEZE, les principes generaux . du droit. administratif. 3e ed Tome Op. Cit., p.(322)

(2) WEIL, les consequences des annulation d'une acte administratif pour exces de pouvoir, PARIS. 1952.p. (220)

بها حتى لو تبين بعد ذلك أن تعيينه كان باطلا ما دام توافرت مظاهر معقولة توهم الغير بأنه موظف عام يقوم بممارسة عمله بالشكل الصحيح.

ويرى بعضاً من الفقه الفرنسي أن انعدام تطبيق نظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل عائد إلى سهولة علم الغير بعدم مشروعيته وبالتالي لا يمكن لهم الاحتجاج بعدم العلم بحقيقة الأمر[1].

وقد انضم بعضاً من الفقه الفرنسي إلى هذا الرأي دون الإشارة إلى أسباب عدم تطبيقهم لنظرية الموظف الفعلي في حالة التفويض الباطل، رغم تسليمهم بإمكان تطبيق هذه النظرية في حالة التعيين الباطل[2].

رابعاً: بطلان قرارات نقل الموظفين

ينصرف مفهوم النقل كوضع وظيفي إلى قيام الإدارة باستبدال الوظيفة المسندة للموظف بوظيفة شاغرة من النوع نفسه، والمرتبة في إدارة أخرى[3].

وقد عرفت محكمة العدل العليا النقل بقولها: "إن النقل بمعناه القانوني هو فك ارتباط الموظف من الدائرة المنقول منها، وربطه بالدائرة المنقول إليها، بحيث يُصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من هذه الدائرة ..."[4]، ويقصد بنقل الموظف أن تستبدل الوظيفة المسندة إليه بوظيفة خالية من النوع نفسه والدرجة في إدارة أخرى، والهدف من النقل غالباً هو تحقيق مصلحة العمل بحسن توزيع العاملين على الإدارات المختلفة، وقد نظم نظام الخدمة المدنية الأردني النقل في الفصل الثالث عشر في المواد من(83- 85)[5].

---

(1) G . VEDEL , droit administratif , 1976 , p . (585) .

(2) R . ODENT , contentieux adminustratif , 1981 , p. (1795)

(3) د . نواف كنعان : القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، سنة 2003، ص (86)

(4) عدل عليا: قرارها رقم 5/27 ، مجلة نقابة المحامين، سنة 1967، ص (14).

(5) نظام الخدمة المدنية رقم (55) لسنة (2002).

وسلطة النقل هي نفسها سلطة التعيين في الجهتين: الجهة المنقول منها الموظف، والجهة المنقول إليها. وسلطة الإدارة بالنقل ليست مطلقة، بل قيدها المشرع بقيد روعي فيه مصلحة العامل لكي لا يكون من شأن النقل تفويت الدور على العامل في الترقية بالجهة المنقول منها، وهذا ما أشارت إليه المادة رقم (83 /أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني[1]، كما أن القضاء يتطلب ألا يكون قرار النقل مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، فإذا خالفت الإدارة هذه القيود تعين إلغاء قرار النقل، وعندئذٍ يُثار التساؤل عن مصير التصرفات التي صدرت عن هذا الموظف استناداً إلى قرار النقل.

مما لا شك فيه أن إلغاء قرار النقل يترتب عليه إلغاء كافة التصرفات التي صدرت منه، استناداً إلى قرار النقل لصدورها عن موظف لا تتوافر له الولاية الوظيفية اللازمة للقيام بها وتصبح مشوبة بعيب عدم الاختصاص، في حين يرى الفقه والقضاء غير ذلك.

موقف الفقه

أولاً : موقف الفقه المصري

يرى بعضاً من الفقه المصري، ونظراً للاعتبارات المتعلقة بحماية الغير حسن النية إذا كان من المتعذر على الغير العلم بعدم شرعية شغل الموظف للوظيفة، مع توافر شروط نظرية الموظف الفعلي، فإذا ما استمر الموظف في مباشرة أعماله في مكانه الذي صدر قرار نقل منه لمكان آخر، فإن التصرفات الصادرة عنه يمكن عدها سليمة ومرتبة لكافة آثارها القانونية، وذلك عن طريق تطبيق نظرية الموظف الفعلي[2].

---

(1) (يجــوز نقل الموظف أو انتدابه من وظيفة إلى أخرى في الدائرة نفسها أو إلى وظيفة في دائرة أخرى أو أعارته وفقاً لأحكام هذا النظام على أن لا يؤثر نقل الموظف أو انتدابه على درجته وأقدميته فيها أو على الراتب الذي يستحقه).

(2) د . مجــدي عــز الديــن يوسف: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص (40).

ثانياً: موقف الفقه الفرنسي

لقد تعرض بعضاً من الفقه الفرنسي إلى موضوع وثيق الصلة بالنقل، وهو موضوع تبادل الموظفين، حيث أجاز القضاء للإدارة إجراء النقل بالتبادل بين الموظفين سواء كان ذلك بناء على طلب الموظفين أو قامت به الإدارة من تلقاء نفسها. ويرى هذا الجانب من الفقه أنه يتم التبادل بين الموظفين، ثم يتبين بعد ذلك بطلان تعيين أحد الموظفين، ففي هذه الحالة فإن التبادل ليس من شأنه إضفاء الشرعية على التعيين الباطل، وبالتالي يصبح شغل الموظف لهذه الوظيفة المنقول إليها باطلا كما كان في الوظيفة القديمة، ويرون نظراً لتعذر العلم بحقيقة مركز من يشغل الوظيفة بناء على سند باطل فإن جميع التصرفات الصادرة عنه تكون صحيحة استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي التي تقوم على فكرة الظاهر، وحتى يتقرر بطلان شغل الوظيفة، أما قبل الحكم ببطلانها فإن كافة التصرفات الصادرة عنه منذ توليه للوظيفة الجديدة بناء على فكرة التبادل تعد صحيحة، ومنتجة لكافة آثارها القانونية حماية للغير حسن النية[1].

وقـد أضـاف الفقـه إلى الحالة السابقة حالة بطلان تبادل الوظيفة والعائد إلى الاخـتلاف بقاعدة التعادل في الدرجة والراتب، ففي حالة حدوث اختلاف فإنه يتوجب على القضاء إلغاء هذا التبادل، واعتباره كأنه لم يكن، وبالتالي بطلان جميع التصرفات القانونـية التي صدرت قبل بطلان قرار التبادل، وذلك لصدورها عن موظف لا يتوافر له الولاية اللازمة لإصدارها؛ الأمر الذي يشكل مخالفة لقواعد الاختصاص. وقد ذهب الفقـه إلى إضفاء صفة الشرعية على التصرفات الصادرة قبل إلغاء التبادل استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي، وذلك باعتبار أن الموظف في حالة النقل بالتبادل غير الصحيح يظهـر بمظهـر الموظف المختص، حيث من المتعذر على الغير العلم بحقيقة مركزه،

---

(1) T. ROUSSEAU, essai dune theorie de la fonction des fonctionnaires de fait, PARIS 1914 P(53).

بالإضـــافة إلـــى أن النقل بالتبادل ما هو إلا تعيين جديد يصعب على الأفراد العلم بعدم شرعيته[1].

وترى الدراسة ومن خلال موقف الفقه الفرنسي حول النقل بالتبادل، وفي حالة بطلان تعيين أحد طالبي النقل، واعتراف هذا الجانب بالتصرفات الصادرة عن هذا الموظف فهذا دليل على اعتراف ضمني بالتصرفات الصادرة عن الموظف الذي صدر قرار نقله لمركز آخر واستمراره بممارسة مهام وظيفته المنقول منها، وهذا يعني اتفاق الفقه المصري والفرنسي حول هذه التصرفاتاستناداً إلى نظرية الموظف الفعلي، وسوف تقوم الدراسة باستعراض موقف القضاء.

موقف القضاء

أولاً: موقف القضاء الأردني

لقد جاء في حكم لمحكمة العدل العليا أنه:" لا يرد القول إن مباشرة الموظف الذي تقرر نقله من عمله إذعاناً مسقطاً لحقه في الطعن بقرار النقل، إذ إن عدم امتثاله لقرار النقل يجعله في وضع يفقده وظيفته وفقاً لحكم المادة (152/أ/1) من نظام الخدمة المدنية، إضافة إلى أن المستدعي قد احتفظعند تنفيذه القرار الطعين بحقه بالطعن.أجازت المادة (63/أ) من نظام الخدمة المدنية رقم1/1998 مبدأ نقل الموظف أو انتدابه من وظيفته إلى وظيفة أخرى في الدائرة نفسها، وقد اشترطت الفقرة (ب) من تلك المادة أن تراعي مصلحة الدولة وضمان حسن سير العمل في دوائرها كما اشترطت الفقرة (ج) من ذات المادة أن[2]، يتم تبليغ الموظف المنقول أو المنتدب قرار النقل أو الانتداب قبل التاريخ المحدد لتنفيذها بمهلة مناسبة، وفي جميع الأحوال لا يجوز نقل الموظف أو انتدابه إلى وظيفة تقل درجتها عن درجة وظيفته الأصلية، وعليه فإن صدور قرار نقل الموظف واعتبار قرار النقل نافذاً من ذلك التاريخ دون إعطاء الموظف مهلة مناسبة

---

(1) L, LEDOUXL, Essai d`une theorie sur la function de fait, revue generale d`administration, 1912 . P . (411) .

(2) عدل عليا: رقم 98/494، مجلة نقابة المحامين ،ع6 سنة 1999، ص (1701).

لتدبر أموره يكون قد أغفل الحكمة والمصلحة التي ابتغاها المشرع من النص على هذه المهلة ويكون القرار الطعين قد صدر خلافاً لحكم المادة (63/ج) من نظام الخدمة المدنية ومستوجب الإلغاء".

وترى الدراسة ومن خلال هذا الحكم، أن محكمة العدل العليا لم تشر إلى عدم شرعية التصرفات التي قام بها الموظف عند حكمها بإلغاء قرار النقل الباطل، وهناك العديد من الأحكام المشابهة لهذا الحكم حيث لم تجد الدراسة أي حكم يتطرق إلى شرعية التصرفات الصادرة عن الموظف الذي صدر قرار نقله، ولم يقم بتنفيذ هذا القرار واستمراره في ممارسة عمله السابق.

ثانياً: موقف القضاء المصري

لقد تبين للدراسة من خلال العديد من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة المصري أنه لم يتعرض لآثار إلغاء قرار النقل على شرعية التصرفات التي تمت قبل إلغاء ذلك القرار، فرغم تعددأحكام مجلس الدولة الصادرة بإلغاء قرارات النقل واستمرار الموظف في مباشرة الوظيفة المنقول إليها مدداً طويلة من الزمن قبل صدور حكم الإلغاء، إلا أن أحكام مجلس الدولة الصادرة بالإلغاء لم تشر إلى عدم شرعية التصرفات التي قام بها تنفيذاً لقرار النقل الذي تقرر إلغاؤه قبل صدور الحكم بذلك؛ الأمر الذي يعني إقرار مجلس الدولة المصري الضمني لصحة التصرفات الصادرة عن هذا الموظف قبل إلغاء قرار النقل.

ومن أحكام مجلس الدولة في هذا المجال الحكم الصادر في 11 يوليو سنة 1972 حيث قضى "بعدم شرعية قرار النقل الصادر في 28 ديسمبر سنة 1965 لأن من شأنه تفويت الفرصة على الطاعن في الترقية"[1]، وترى الدراسة ومن خلال هذا الحكم أن مجلس الدولة المصري قد اقتصر على إلغاء قرار النقل فقط، حيث لم يتعرض إلى آثار التصرفات التي قام بها هذا الموظف خلال هذه الفترة الطويلة التي استمرت لمدة سبع

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم (1154) مجموعة الخمسة عشر عاماً من سنة 1965 حتى سنة 1980، الجزء الرابع، ص (3859).

سنوات، وهذا دليل ضمني على اعتراف مجلس الدولة في هذه التصرفات وترتيبها كافة الآثار القانونية، وقد نهج مجلس الدولة المصري هذا النهج في جميع أحكامه الصادرة، والمتعلقة بإلغاء قرارات النقل، كذلك فإن مجلس الدولة المصري لم يشر إلى بطلان التصرفات التي يقوم بها الموظف الذي يستمر في مزاولة وظيفته رغم صدور قرار بنقله،حيث قضى مجلس الدولة في تلك الأحكام "بأن ذلك يشكل مخالفة إدارية للجهة المنقول إليها[1].

وقضت في حكم آخر"بعدم شرعية قرار الترقية الذي تصدره الجهة المنقول منها خلال فترة النقل رغم عدم تنفيذ قرار النقل، واستمرار الموظف في العمل بالجهة المنقول منها"[2].

وكذلك ترى الدراسة أن مجلس الدولة قد قصد في نهجه هذا إقرار شرعية هذه التصرفات الصادرة عن الموظف الذي تقرر بطلان نقله مع استمراره في مزاولة الوظيفة رغم صدور قرار نقله، ولا يجوز لنا القول بأن مجلس الدولة لم يشر إلى بطلان تلك التصرفات باعتبار إن ذلك أمراً منطقياً يترتب على صدور حكم إلغاء قرار النقل، أن ما بني على باطل فهو باطل، في حين لو أراد ذلك فإنه سوف يشير إلى ذلك صراحة وطبق فكرة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء بصفة مطلقة، هذا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن تطبيق الأثر الرجعي يصطدم باعتبارات الواقع، ويؤدي إلى نتائج غير منطقية وخاصة حين تعلقها بمصالح حيوية على درجة كبيرة من الأهمية مما يستوجب التغاضي عنها تفادياً لهذه الآثار الوخيمة.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 15 فبراير سنة 1958، مجموعة السنة الثالثة، القضية رقم (511) لسنة 3 ق، ص (729).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 15 ديسمبر سنة 1974، مجموعة الخمسة عشر عاماً، سنة 1965سنة 1980، الجزء الرابع ص (3753).

2. 3. 2 نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

لقد مرت بحياة الدولة -من الناحية القانونية- مراحل كانت كل مرحلة منها تمهيداً لما بعدها وتجربة لما قبلها، إلى أن وصلت الدولة في عصرنا الحديث إلى مرحلة قانونية سليمة يطلق عليها الدولة القانونية، وبما أن القانون لا يسن أو يصدر لذاته، وإنما لتنظيم الحياة الاجتماعية، فلا يجوز أن يؤدي احترام قواعده وأحكامه إلى نتائج عكسية وسلبية مناقضة للمصالح التي وجد من أجل صونها وحمايتها، إذ تحدث في بعض الأحيان ظروف استثنائية طارئة لاتسمح باحترام القواعد القانونية العادية وذلك من أجل المحافظة على السير الطبيعي للمرافق العامة بانتظام واطراد، حيث يتعذر في مثل هذه الحالات احترام مبدأ المشروعية[1].

لذلك تمكن القضاء من التغلب على مثل هذه الظروف، حيث ظهرت فكرة الظروف الاستثنائية بداية في القضاء الإداري الفرنسي تحت اسم سلطات الحرب، وكان ذلك خلال الحرب العالمية الأولى والثانية[2].

أولاً: ماهية نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية

لا بـــد مـــن الإشارة إلى أن نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية تستند إلى ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ليتسنى لها تقديم ما هو مطلوب مـــنها، فعند حدوث ظرف استثنائي، كما لو حدثت حالة توتر دولي، أو انتشار الأوبئة، أو الفيضـــانات، أو المجاعـــات، أو حالات الفتن الداخلية والحروب، أو حالة إضراب عمال المرافق العامة[3]، وغيرها من الحالات الاستثنائية التي تؤدي إلى تعطيل المرافق العامـــة عن تقديم الخدمات المطلوبة منها لأفراد الشعب، والناتجة عن فرار المشرفين على هذه المرافق خوفاً من انتشار المرض، أو من الوقوع في يد العدو، أو غيرها من

---

(1) د. علي خطار شطناوي : موسوعة القضاء الإداري ، مرجع سابق، ص(99) .

(2) د. محمد عبد الحميد أبو زيد : المرجع في القانون الإداري ، مرجع سابق ،ص (614) .

(3) د . مجـــدي عزالديـــن يوســـف: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص (281).

الأسـباب المقـنعة لـتركهم الإشراف على تسيير هذه المرافق العامة بانتظام واطراد، فتصبح هذه المراكز شاغرة لعدم وجود القائمين عليها؛ لذلك فمن غير المعقول أن تترك هذه المرافق الهامة معطلة دون أن تقوم بتقديم ما هو مطلوباً منها، آخذين بعين الاعتبار مـدى أهمـية هـذه المـرافق لعامة الشعب، حيث يصعب في ظل هذه الظروف مثلاً الاسـتغناء عن المياه أو الكهرباء أو مرافق الخدمات الصحية، في حين يمكن الاستغناء عن مرافق تكاد تكون غير ضرورية لهم، لذلك تعرف نظرية الظروف الاستثنائية بأنها نظرية قضائية خلقها القضاء الإداري أضفى بمقتضاها صفة المشروعية على القرارات والتصـرفات التـي تُعد قرارات غير مشروعة فيما لو أصدرتها في الظروف العادية، باعتـبارها إجراءات وتدابير ضرورية للمحافظة على السير الاعتيادي للمرافق العامة، ويقصـد بالظـروف الاستثنائية:"هي مجموعة الحالات الواقعية التي تنطوي على أثر مزدوج يتمثل أولها: في وقف سلطان القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة، وثانيها: فـي بدء خضوع تلك القرارات لمشروعية استثنائية خاصة، أو استثنائية يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها"[1].

ونتيجة لهذه الظروف الاستثنائية أجاز القضاء الإداري تدخل الأفراد في أعمال الإدارة، حيث إذا تولى أحد الأفراد العاديين وظيفة معينة لم يصدر بتعيينه فيها قرار إداري ما، وقام بمباشرة عمله في مرفق ما، فإن ما يقوم به من تصرفات تعد صحيحة ومشروعة نظراً إلى تلك الظروف الاستثنائية التي حدثت[2].

(1) J.Rivero : droit adminstratif , 1983 p(85) .

(2) د . طعيمه الجرف: القانون الإداري،مرجع سابق، ص(288).

د . فؤاد العطار: مبادئ القانون الإداري الجزء الثاني سنة 1970، ص (387).

د . وحيد رأفت: القانون الإداري،د،ن، سنة1939، ص (379).

Jeze :les principes generaux.du droit administratif. 3e ed Tome Op. Cit.p85zp.328et Rolland. Precis de droit . administratif "Op. Cit.p.128.

وتستند هذه المشروعية إلى ضرورة سير المرافق العامة دون الحاجة إلى صدور قرار إداري بتعيينه[1]. وتأصيلاً لهذه المشروعية الاستثنائية، فإن الفكر القانوني والقضائي شيد نظرية عامة امتدت إلى جوانب القانون لتكون أساسا قانونياً لكل خروج عن الحدود التي تضعها القوانين الوضعية، وهي نظرية الظروف الاستثنائية.

لذلك فإن الأشخاص الذين يتعاملون مع هذا الموظف يعرفون سلفاً بأنه ليس الموظف الرسمي أو القانوني، وهذا مختلف تماماً عن حالة الموظف الفعلي في الظروف العادية التي تحدثنا عنها وعن تطبيقاتها في المبحث الأول، فهؤلاء الأفراد المتعاملين لا ينخدعون مع هذا الموظف في عيب خفي عليهم؛ بل هم يعلمون سلفاً أنه ليس بالموظف الرسمي[2].

الموقف الفقهي

وستقوم الدراسة باستعراض الموقف الفقهي من نظرية الظروف الاستثنائية، وذلك من خلال معرفة موقف الفقه الأردني، والفقه المصري، وأخيرا الفقه الفرنسي.

أولاً: موقف الفقه الأردني:

لقد عرف بعضاً من الفقه الأردني الظرف الاستثنائي بأنه" مجموعة الحالات الواقعية التي تنطوي على أثر مزدوج يتمثل أولها في وقف سلطان القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة، ويتمثل ثانيها في بدءخضوع تلك القرارات لمشروعية استثنائية خاصة، أو استثنائية يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها"[3].

ويرى أن نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تستند إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن تطبيقات هذه النظرية لا تقتصر على فترات

---

(1) د . سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنه، سنة1966، ص(542).

د . توفيق شحاتة: مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص(470).

(2) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق، ص (528).

(3) د . علي خطار شطناوي: مرج سابق، ص (99).

الحروب الخارجية، بل تشمل كافة الظروف التي تكتسب الصبغة الاستثنائية كالحروب الأهلية ،وفترات الفوضى السياسية العارمة[1].

ثانياً: موقف الفقه المصري

يـــرى بعضاً من الفقه المصري أن الظرف الاستثنائي"هو ظرف من شأنه تهديد انتظام الحياة الإدارية، بحيث تعجز قواعد المشروعية العادية على تلبية حاجات الإدارة الخاصة بالمحافظة على سير المرافق العامة، وكفالة الحياة اليومية والدفاع عن المصالح العامـــة[2]، في حين يرى البعض الآخر من الفقه المصري يرى أن الظرف الاستثنائي في مجال نظرية الموظف الفعلي، هو"ذلك الظروف الذي من شأنه أن يحول بين الإدارة وبيــن قــيامها بواجــباتها المــتعلقة بالمحافظة على دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد"[3]، ويرى جانب من الفقه المصري بأن نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاســتثنائية لا تقتصر كما يرى البعض[4]، على الحروب والثورات، بل يشمل حالات الــتمرد والــتوتر الدولي، وانتشار الأوبئة والفيضانات وإضراب عمال المرافق العامة وغيرها من الأسباب التي تهدد استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد[5].

ولا بــد مــن الإشارة إلى أن غالبية الفقهاء في مصر لم يتعرضوا لمفهوم الظرف الاســتثنائي فــي نظرية الموظف الفعلي على اعتبار أن الأمر لا يختلف كثيراً عنه في نظرية الظروف الاستثنائية[6].

---

(1) د . علي خطار شطناوي: مرجع سابق، ص (752).

(2) د . توفيق شحاته: مرجع سابق، ص (470).

(3) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق ،ص (279).

(4) د . سليمان الطماوي: القانون الإداري، مرجع سابق، ص،(393).

(5) د. عبدالفتاح ساير داير: نظرية أعمال السادة، سنة1955،ص(94).

د. مجدي عزالدين: مرجع سابق.

(6) د . سعد عصفور: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص، (459).

د . محمد عبد الحميد أبو زيد: مرجع سابق، ص(201).

ثالثاً: موقف الفقه الفرنسي

يـــرى بعضاً من الفقه الفرنسي أنه من الصعب الوقوف على الظرف الاستثنائي، ويعلـــل ذلـــك لارتـــباط هذا الظرف في الواقع المتنوع، وما يقدمه من فروض يصعب الإلمام بها مسبقاً؛ أي أن ما يعد ظرفاً استثنائياً في بعض الظروف والأحوال قد لا يعد كذلك في ظروف وحالات أخرى، حيث يرى هذا الجانب من الفقه أنها مسألة وقائع.

فـــي حين ذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى تعريف المقصود بالظروف الاســـتثنائية فـــي نظرية الموظف الفعلي، هي" الظروف التي تقتضي إحلال الشرعية الاســـتثنائية محـــل الشرعية العادية، وذلك لضمان سير العجلة الإدارية دون توقف أو اضطراب"[1].

ويعـــرفه بعضـــاً آخـــر مـــن الفقـــه الفرنسي حيث يقول: إن المقصود بالظروف الاســـتثنائية هـــي الأحـــوال التـــي تختفي فيها السلطة الشرعية، أو تعجز عن مواجهة متطلبات سير المرافق العامة"[2]. وأخيراً يعرفه آخر بأن المقصود بالظروف الاستثنائية هـــي" الظـــروف التـــي تقتضي من الإدارة الخروج عن قواعد الشرعية العادية سواء لاستحالة اتباعها أو لأن اتباعها من شأنه أن يجعل تصرف الإدارة عديم الجدوى"[3].

موقف القضاء

1. موقف القضاء الأردني

لقد بحثت الدراسة في أحكام محكمة العدل العليا، محاولة أن تجد حكماً لها حول نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، ولكن مع الأسف الشديد لم تجد، ولكنها وجـــدت حكمـــاً لمحكمة التمييز الأردنية حول هذا التطبيق، وبما أنه صادر عن محكمة أردنية، فنستطيع القول إن القضاء الأردني قدأخذ بهذا التطبيق فيظل الظروف الاستثنائية،

---

(1) J.M . BOLLE, le principe de continuite' des services publics, These. paris, 1975, p.(192) .

(2) R . ODENT , contentieux administrative , 1981 , p. (1794

(3) J. RIVERO , droit adminstratif , 1983 , p .(89) .

وعُد ما قام به كاتب المحكمة عملاً صحيحاً، ومشروعاً نظراً للظرف الاستثنائي، وهو انتهاء مدة السماح بالتمييز.

حيث جاء في حكمها بأنه :"إن تصديق نسخ الحكم المرفق بلائحة التمييز من موظف بالنيابة عن رئيس كتاب محكمة الاستئناف، وليس من قبل رئيس الكتاب بالذات مخالف لشرط المادة 1/244 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية والفقرتين (ب، جـ) من المادة الثانية من نظام أصول استئناف، وتمييز قضايا ضريبة الدخل رقم 47 لسنة 1982 وأن تكليف أحد كتاب المحكمة بهذا العمل على الوجه السالف الذكر هو تكليف غير قانوني؛ لأن رئيس المحكمة لا يملك مثل هذه الصلاحية. إلا أن غياب رئيس الكتاب عن مركز عمله في آخر أوقات الدوام الرسمي من اليوم الذي يصادف آخر يوم من الميعاد القانوني لتقديم التمييز في هذه القضية يُعد حالة من حالات الضرورة التي لا ذنب للوكيل في قيامها حيث لا بديل لديه في اللجوء إلى غير هذا الموظف للقيام بإجراءات تصديق نسخ الحكم الاستئنافي في آخر لحظات الميعاد القانوني لتقديم التمييز، وإلا فاته الميعاد حتماً وعليه فإن الإجراءات التي قام بها الكاتب المكلف من رئيس المحكمة هي إجراءات مقبولة لاستيفاء شروط الشكل في تقديم التمييز باعتبار أن الكاتب أصبح بحكم رئيس الكتاب الفعلي إزاء هذا الظرف الاستثنائي"[1].

2. موقف القضاء المصري

لقد أخذ القضاء المصري بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، حيث درج القضاء الإداري على الترخيص للإدارة في مثل هذه الظروف بمخالفة أحكام القانون النافذة، وممارسة اختصاصات جديدة لا سند لها في هذه القوانين، طالما أن ذلك كان ضرورياً للقيام بواجبها[2].

---

(1) محكمة تمييز حقوق: مجلة نقابة المحامين، قرار رقم(1985/633) سنة1985، ص (110).

(2) حكم لمحكمة القضاء الإداري الصادر في 28 مارس سنة 1961، القضية رقم 1276، لسنة 13ق، مجموعة السنة الخامسة عشر، ص (177).

أمـــا موقـــف مجلـــس الدولة المصري من نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية حيث نجد أنه قد اشترط لقيام نظرية الموظف الفعلي في جميع الأحوال توافر الظـــرف الاستثنائي الذي يجعل التزام الإدارة بتطبيق قواعد المشروعية أمراً متعذراً، ولم يحاول بيان المقصود بهذا الظرف الاستثنائي[1].

3. موقف القضاء الفرنسي

من خلال مطالعة العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي ممثلة بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، تبين للدراسة أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وخاصة في الظروف التي تختفي فيها السلطات الشرعية التي تقوم بإدارة المرافق العامة، وذلك تأكيداً لمبدأ سير المرافق العامة حيث جاء في أحد أحكامه بخصوص دعوى السيد (LECOQU) وتتلخص وقائع هذه الدعوى" قيام اللجنة التي شكلها عمدة أحد الأقاليم بفرض ضرائب على الصفقات التجارية والصناعية لعدم كفاية الموارد المتاحة لذلك الإقليم خلال احتلال الألمان له، وكان مثل ذلك الإجراء يستلزم موافقة المجلس البلدي الذي هرب أعضاؤه على أثر دخول الألمان للإقليم، فقام العمدة بتشكيل لجنة محلية لإدارة شؤون البلدية دون أن يكون هناك أي تشريع يجيز للعمدة تشكيل مثل هذه اللجنة التي استعان بها في إدارة شؤون الإقليم، ورغم ذلك فإن مجلس الدولة أجاز التصرفات الصادرة عن هذه اللجنة والخاصة بفرض الضرائب نظراً لعدم كفاية الموارد المتاحة؛ لتلبية حاجات الإقليم وسير مرافقه العامة على إشباع الحاجات الأساسية للمواطنين وتوفير ما يحتاجونه من مواد غذائية[2].

---

(1) الحكـــم الصـــادر من المحكمة الإدارية العليا ، في 29 نوفمبر سنة 1964، مجموعة السنة العاشرة، القضية رقم 1390، لسنة 7 ق ، ص (2100).

(2) C.E., 7 janv , 1944 , LECOQU, rec., p.(5), R.D.P.1944, p. (331), concl LEONARD

لذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز إدارة هذه المرافق من قبل الأفراد العاديين، وإضفاء الشرعية على تلك التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة؛ لتعلقها بمرفق عام وحيوي، وهو مرفق تقديم المواد الغذائية للإفراد.

وترى الدراسة أن الظرف الاستثنائي لا يعني أنه هو الذي يرخص للإدارة بالخروج عن قواعد المشروعية، بل إن تعذر قيام الإدارة بالواجبات الملقاة على عاتقها في ظل هذه الظروف هي التي تسمح، أو تُجيز للإدارة بالخروج على قواعد المشروعية، وذلك من أجل المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر[1].

وتعرف الدراسة الظروف الاستثنائية بأنها:" هي تلك الظروف الفجائية التي تدفع الإدارة إلى التحرر من قواعد المشروعية العادية فتصدر أعمالاً وتصرفات هي في الأساس غير قانونية، لكن هذه الظروف تلبسها أو تغطيها بالمشروعية وتعدها صحيحة، وذلك من أجل المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد".

ثانياً: شروط نظرية الظروف الاستثنائية

سبق وذكرت الدراسة أن الظرف الاستثنائي ليس هو الذي يؤدي إلى خروج الإدارة على قواعد المشروعية، بل إن تعذر قيام الإدارة بالواجبات الملقاة على عاتقها نتيجة هذه الظروف التي تمر بها، هي التي تؤدي إلى توسع السلطات الإدارية وتؤدي بالتالي إلى خروج الإدارة علىقواعد المشروعية، وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية غير واضحة في شروطها كوحدة متكاملة، حيث طبقت في العصر الحديث؛ نتيجة للسياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، حيث يقوم القاضي بالنظر في كل ظرف

---

(1) C.E.,31 janv . 1958, Chamber syndical du commerce d'importation en indochine , rec., p.(63).

حكـم محكمـة القضاء الإداري الصادر في 26 يونيو سنة 1951، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة الخامسة، القضية رقم (587) لسنة5 ق، ص(1099).

د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (285) .

استثنائي على حدة، حينما يُثار أمامه، مقدراً كافة الدوافع والظروف المحيطة به ليقرر ما إذا كان يستحق العلاج الذي أتته الإدارة فيقرره مطبقاً الشرعية الاستثنائية، أم أنه غير ذلك فيسحبه إلى نطاق المشروعية العادية، ولا يشترط في الظرف الاستثنائي أن يكون عاماً، وستقوم الدراسة ببيان الشروط التي يمكن بتوافرها أن تتحقق حالة الظروف الاستثنائية[1].

الشرط الأول: تحقق فكرة الضرورة كأساس للظرف الاستثنائي

أي يجب أن تتحقق فكرة الضرورة كأساس للظروف الاستثنائية، وهو ما يوجب أن تكون الظروف الاستثنائية قد أوجدت حالة شاذة لا تسعف الإدارة قواعد المشروعية العادية في معالجتها، لكون ما ولدته من مخاطر تهدد سير المرافق العامة. وهناك جانب من الفقه يقول "إن نظرية الظروف الاستثنائية لا تتعلق بسلطات البوليس فحسب، وإنما بكل موضوعات القانون الإداري"[2].

الشرط الثاني:أن تكون هنالك صعوبة في تسيير المرافق العامة طبقاً لقواعد المشروعية العادية.

ويتطلب تطبيق هذا الشرط أن تكون هناك صعوبة أو استحالة على الإدارة من القيام بواجباتها ضمن قواعد المشروعية العادية؛ أي بمعنى أن هذا الظرف قد منع الإدارة من القيام بالمهام المنوطة بها، فنتيجة لحدوث هذا الظرف الاستثنائي توسع الإدارة من نطاق المشروعية لتشمل بعض الأعمال والتصرفات الصادرة عن الغير في ظل هذا الظرف فتجعلها مشروعة، وذلك لغاية المحافظة على سير المرافق العامة.

ولا بد هنا من الإشارة إلى أن أحكام مجلس الدولة المصري، ومجلس الدولة الفرنسي بخصوص تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية حدثت في ظروف استثنائية أدت إلى اختفاء السلطات الشرعية القائمة على إدارة المرافق العامة؛

---

(1) د . إبراهيم درويش: نظرية الظروف الاستثنائية، طبعة 1998، دار الإسراء للنشر والتوزيع، ص (50).

(2) د . مصطفى أبو زيد: القضاء الإداري ومجلس الدولة. طبعة سنة 1958، ص (122).

أي بمعنى أنه كان من الصعوبة إدارة هذه المرافق وفقاً لقواعد المشروعية العادية ما دامت السلطات مختفية في مثل هذه الظروف، فيتدخل الأفراد من أجل استمرار هذه المرافق العامة في تقديم الخدمات المطلوبة منها فقد أجازت المحكمة الإدارية العليا للإدارة أن تعهد بإدارة المرافق العامة في الظروف الاستثنائية لبعض الأفراد دون اتباع أحكام الوظيفة العامة، طالما أن الظروف المحيطة بالإدارة لم تكن تسمح باتباعها لأحكام القانون، وكان القصدمن ذلك هو المحافظة على دوام سير المرافق العامةبانتظام واضطراد، وهذا نتيجة تعذر قيام الإدارة باتباع المشروعية في إدارة تلك المرافق[1].

الشرط الثالث: أن يكون أساس العمل الذي قام به الموظف الفعلي مستنداً إلى حالة الضرورة والاستعجال.

يتطلب هذا الشرط أن يكون الأساس القانوني لعمل الأفراد العاديين في مثل هذه الظروف الاستثنائية مستنداً إلى حالة الضرورة والاستعجال؛ أي أن تكون هناك ضرورة ملحة على استمرار مرفق من المرافق العامة نتيجة لهذا الظرف، كما لو كانت هنالك حالة حرب خارجية، وكانت هنالك إصابات في الأفراد، فيتطلب هذا الظرف استمرار المرافق الطبية العلاجية في تقديم خدماتها للأفراد المحتاجين لهذه الخدمة الضرورية التي تتطلب الاستعجال في تدخل الأفراد الملمين بتقديم هذه الخدمات، فهذه الإجراءات والأفعال التي قام بها الأفراد العاديون كانت تستهدف استمرار هذا المرفق الهام في تقديم الخدمة العلاجية للأفراد المصابين نتيجة تعرض البلاد إلى الحرب، فهذا الظرف يتطلب الاستعجال في تقديم الخدمة للمحتاجين إليها من الأفراد المصابين؛ لأنها لا تحتمل أي بطء أو تأخير[2].

أما إذا كان تدخل الأفراد (الموظف الفعلي) لا يسوغه هذا الظرف الاستثنائي فيعد مـــا قـــاموا به عملاً غير مشروع، فيجب أن يكون هذا التدخل من الغير مسوغاً بصفة

(1) الحكـــم الصــــادر من المحكمة الإدارية العليا، في 29 نوفمبر سنة 1964، مجموعة السنة العاشرة، القضية رقم 1390، لسنة 7 ق، ص (2100).

(2) د . ثروت بدوي: القانون الإداري، طبعة سنة، 1984،ص (57).

الضرورة والاستعجال في سير المرافق العامة نتيجة لهذه الظروف الاستثنائية التي تمر بهـا الإدارة[1]. هـذه هي أهم شروط نظرية الظروف الاستثنائية. وبعد أن انتهينا من شروط نظرية الظروف الاستثنائية.

2. 3. 3 تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

هـنالك تطبـيقات متعددة لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، حيث سـتقوم الدراسة باستعراضها، حيث تستعرض: تطبيق المجلس الفعلي، وتطبيق قيادات العصـيان، وتطبـيق الـتفويض رغم عدم وجود نص تشريعي يجيزه، وأخيراً تطبيق الموظف الفعلي الوحيد في المنطقة.

أولاً: المجلس الفعلي

أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في فترة الفوضى والحروب والاحتلال التي سادت فرنسا في بداية الحرب العالمية الثانية سنة 1940 حيث مرت بالبلاد ظروف استثنائية، حيث قضى بصحة الإجراءات التي اتخذتها لجنة مكونة من عدد من الأفراد العاديين للعمل مكان المجلس البلدي لمدينة (ماريون) إثر هروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية، حيث قامت هذه اللجنة بدافع الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد على الاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها إلى السكان، وتم الطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي في شرعية تصرفات ذلك المجلس الفعلي تأسيساً على أنه لم يستند إلى أساس قانوني في مزاولة هذه الاختصاصات، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية تصرفات المجلس نظراً إلى الظروف الاستثنائية التي تمر بها هذه المدينة نتيجة غزو الألمان للحدود الفرنسية[2].

كذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية التصرفات الصادرة عن المجلس الفعلي المشكل من الأفراد العاديين حيث جاء في أحد أحكامه بخصوص دعوى السيد (LECOQU) وتتلخص وقائع هذه الدعوى" قيام اللجنة التي شكلها عمدة أحد الأقاليم

---

(1) د . ضياء الدين صالح: مقال في الوظيفة العامة، مجلة مجلس الدولة، سنة 1969، ص(82)

(2) C.E.5 Mars 1948 "Dalloz" 1949 p. (147)

بفرض ضرائب على الصفقات التجارية والصناعية لعدم كفاية الموارد المتاحة لذلك الإقليم خلال احتلال الألمان له، وكان مثل ذلك الإجراء يستلزم موافقة المجلس البلدي الذي هرب أعضاؤه على إثر دخول الألمان للإقليم، فقام العمدة بتشكيل لجنة محلية لإدارة شؤون البلدية دون أن يكون هناك أي تشريع يجيز للعمدة تشكيل مثل هذه اللجنة التي استعان بها في إدارة شؤون الإقليم، ورغم ذلك فإن مجلس الدولة أجاز التصرفات الصادرة عن هذه اللجنة، والخاصة بفرض الضرائب نظرا لعدم كفاية الموارد المتاحة، لتلبية حاجات الإقليم وسير مرافقه العامة على إشباع الحاجات الأساسية للمواطنين، وتوفير ما يحتاجونه من مواد غذائية[1].

ثانياً: موظفو قيادات العصيان والثورات الداخلية

إن نظرية الظروف الاستثنائية، وما تقتضيه من الخروج على المشروعية العادية لتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على النظام العام ودوام سير المرافق العامة، فهذه المصلحة هي التي تسوغ الخروج على القواعد القانونية طالما أن الخروج عليها أمر تقتضيه المصلحة العامة، ولكن ماذا بالنسبة لتصرفات موظفي قيادات الثورات وقيادات العصيان؟ فهل تُعد تصرفاتهم سليمة وصحيحة، ويترتب عليها جميع الآثار القانونية؟ وما هو موقف التشريع والقضاء والفقه منه؟

نظراً لعدم مرور الأردن بمثل هذه التطبيقات المختلفة، فسوف نبحثها من خلال التشريعات الأخرى، فقد أجاز المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 19 يوليو سنة 1871تصرفات حكومة الثورة لإقليم السين، والمتعلقة بالحالة المدنية للأفراد، ويقصد بحكومة الثورة: الحكومة التي تقوم بالمخالفة للنظام الدستوري للبلاد، ولهذا يطلق عليها الفقه حكومة العصيان، والقاعدة العامة أن موظفي حكومة الثورة خلال فترة محاولة الإطاحة بالحكومة الشرعية والتي ربما تنتهي بالفشل فيعدون مغتصبين، وبالتالي تصبح كافة التصرفات الصادرة عنهم معدومة ولا أثر لها، فالقانون السابق الإشارة إليه إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة عن موظفي الثورة أو قيادات العصيان نزولاً على

(1) C.E., 7 janv, 1944, LECOQU, rec., p.(5), R.D.P.1944, p. (331) , concl . LEONARD

مقتضيات سير المرافق العامة، وقد تكرر هذا الأمر مرة ثانية في القانون الصادر في 9 أكـتوبر سـنة 1944 والخـاص بتنظيم جميع التصرفات الصادرة عن حكومة فيشي باعتـبارها حكومة ثورة[1]، أما إذا استعرضنا موقف القضاء فنجد أن القضاء الفرنسي والمصـري قـد أخذا بهذا التطبيق حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلـي على الأعمال الصادرة عن موظفي قيادات العصيان، وعد هذه الأعمال أعمالاً صحيحة استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي، وفي القضاء المصري أشار مجلس الدولة المصـري صـراحة إلـى أن أساس نظرية الموظف الفعلي هو ضرورة سير المرافق العامـة بانتظام واضطراد، وأن هذه النظرية لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية، وهذا مـا أخذ به الفقه المصري والفقه الأردني، فقد أجمعا على أن سير المرافق العامة يمثل أسـاس نظـرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، حيث عدا هذه الظروف هي السبب في الاعتراف بسلامة التصرفات الصادرة عن قيادات العصيان والثورات[2].

وقد اتفق الفقه المصري مع الفقه الفرنسي حول شرعية التصرفات الصادرة عن موظفي حكومة الثورة الفاشلة إذا تعلقت بسير المرافق العامة؛ لأن تعطيلها سيؤدي حتماً إلى إلحاق أضرار جسيمة في مصالح الأفراد[3].

---

(1) د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (301).

(2) د . ضياء الدين صالح: مقالة الوظيفة العامة، مجلة مجلس الدولة، سنة 1969.

د . طعيمة الجرف: القانون الإداري، طبعة سنة 1978، ص (638).

د . سعاد الشرقاوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1983، ص (135).

د . ثروت بدوي: القانون الإداري، طبعة سنة 1984،ص (57).

د . علي خطار شطناوي: مرجع سابق، ص(752).

(3) د . محمد الشافعي أبو راس: القضاء الإداري، د.ن، طبعة سنة 1980، ص (261).

د . سليمان الطماوي: القانون الإداري، طبعة سنة 1984، ص (392).

د . رمزي الشاعر: رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص (365).

د . عـبد الفـتاح سـاير داير:الحكومة ألفعليه، مجلة القانون والاقتصاد سنة 1959، العدد الثالث، ص(779).

ثالثاً: التفويض رغم عدم وجود نص تشريعي يسمح له

تقتضي مشروعية التفويض من الناحية القانونية توافر عدة شروط مهمة يترتب على تخلفها، أو تخلف أحدها بطلان التفويض، وعدم مشروعية التصرفات الصادرة عن المفوض إليه لصدورها عن موظف غير مختص قانوناً بإصدارها أو لمخالفته للقانون، ومن ضمن هذه الشروط: عدم وجود نص قانوني صريح يُجيز التفويض وهذا متفق عليه فقهاً وقضاءً، فقد استقرت محكمة العدل العليا في قضائها على عدم مشروعية التفويض في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يُجيز ذلك، فقد قضت بأنه:

"إذ إنه من القواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا أنيطت صلاحية قانونية بمرجع معين، فإنه يجب أن يمارسها هذا المرجع بنفسه، ولا يحق له أن يفوض أحداً بممارستها إلا بنص قانوني صريح ولا يوجد في القانون ما يجيز لوزير الصحة أن ينيب عنه وكيل الوزارة لممارسة الصلاحية المبحوث عنها"[1]، وهذا الأصل، ولكن استثناءً سمحت بعض التشريعات الأخرى بتجاوز ذلك في الظروف الاستثنائية، ومما لاشك فيه أن التشدد بتطبيق المبدأ السابق أو الشرط السابق يؤدي إلى نتائج ضارة على الصعيد الإداري تتمثل في عدم دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وإذا أردنا التحدث حول هذا التطبيق في التشريع الأردني أو القضاء الأردني فإنه من المتعذر علينا الخوض فيه، وذلك لعدم وجود نص تشريعي يجيز ذلك، وكذلك الأحكام القضائية، لهذا فستقتصر الدراسة بالبحث في هذا التطبيق في التشريع والقضاء الفرنسي.

حيث من المتعارف عليه أن التفويض ينظم كقاعدة عامة بموجب نص قانوني أو بقرار جمهوري – هذا بالنسبة لفرنسا – غير أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ بفكرة التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية، حيث قد تقوم السلطات العامة دون سند من القانون أو قرار جمهوري بإسناد المهام الوظيفية إلى بعض الموظفين، وبذلك يكون هؤلاء قد تولوا

= د . محمود حافظ: القضاء الإداري، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، د.ت، ن، ص (637).

(1) عدل عليا :رقم 1954/18، مجلة نقابة المحامين 1954، ص (364).

الوظائف بطريقة غير مشروعة، وبالتالي تكون تصرفاتهم باطلة غير أنها تُعد سليمة ولا غبار عليها استناداً إلىنظرية الموظف الفعليفي الظروف الاستثنائية؛ لأن السلطات العامة تكون في مثل هذه الظروف مفوضة ضمنياً في تنظيم الحياة الإدارية، وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 يونيه سنة1946 (سيرى-1947-القسم الثالث، ص 8) "بمشروعية التفويض الصادر عن إحدى السلطات الإدارية لغيرها في اتخاذ إجراءات الاستيلاء المؤقت على بعض السيارات، رغم عدم وجود نص تشريعي يسمح بهذا التفويض، وإنما استنادا إلى الظروف الاستثنائية[2].

رابعاً: الموظف العام الوحيد في المنطقة

يضـــرب الدكـــتور مصطفى أبو زيد مثالاً لموظف فعلي حدث في مصر أثناء حـــرب 1956 ويقـــول معلقاً على وضعه" إن قيام طبيب المحجر البيطري في القنطرة الـــذي كـــان هـــو في لحظة ما الموظف الرسمي الوحيد وقام بمزاولة الاختصاصات المخولة للسلطات العامة جميعاً وعلى الأخص سلطة الضبط والتموين والصحة، وزاول ســلطة الضـــبط عـــندما كـــوّن من بعض الأغراب حرساً يحمى المهاجرين ومخازن التمويـــن، وزاول ســـلطة التمويـــن إذ جعل نفسه مسؤولاً عن مخازن الدقيق والسكر وأشرف علاوة على ذلك على الشؤون الصحية في تلك المنطقة.

ويذهـــب إلى أن جميع الأعمال والقرارات التي أصدرها هذا الموظف في جميع الميادیـــن التـــي أشرف عليها تعد صحيحة قانوناً، وإذا طعن فيها بالإلغاء لدى مجلس الدولة فإن هذا الطعن سيكون جديراً بالرفض"[3].

---

(1) د . محمد أبو زيد: مرجع سابق، ص(617,618).

(2) C.E .26 Juin 1946 Les Conclusions du Riboulet “Op. Cit”p 727. Note sous srret “Sirey” 1947-3-8 .

(3) د . محمـــد عبد الباسط: القانون الإداري، الطبعة الأولى، سنة 1999، دار الفكر الجامعي، ص (356).

وهــذا يعني أن هذا الموظف هو الموظف الرسمي الوحيد في المنطقة التي وقع فيها الحدث، فكان الظرف يحتم عليه أن يتدخل وكأنه صاحب الاختصاص الأصيل في مخـــازن التموين والصحة، وتكون جميع التصرفات الصادرة عنه في تلك المنطقة وفي ذلــك الوقــت صحيحة، لكونه يهدف من وراء ذلك المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

الفصل الثالث

أثار نظرية الموظف الفعلي

إنّ الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية السليمة لا يمكن في حد ذاته أن يرتب أثراً قانونياً، ولكن القضاء أو المشرع من باب أولى هو الذي يستطيع تشبيه الوضع الظاهر في حدود معينة بالمركز القانوني الذي يمثله من حيث ترتيب الآثار القانونية، سواء تلك التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي، أو المرتبطة بمركزه بما يتضمن من حقوق وواجبات ملقاة على عاتقه، ويشترط القضاء لترتيب هذه الآثار بصفة عامة، ألا يكون من شأن الاعتراف بالوضع الظاهر للموظف الفعلي الإضرار بمصالح الأفراد الذين لم يرتكبوا خطأ غير مغتفر.

3. 1 الآثار المترتبة على تطبيق نظرية المّوظف الفعليّ

إن نظرية الموظف الفعلي بحسب الأصل، لا يترتب عليها النتائج التي يرتبها المركز القانونيّ، فالقانون واجب الاحترام ويجب أن يخضع له الواقع، باعتباره وحدة القياس التي ارتضاها المجتمع، والقول بغير ذلك يؤدي عادة للجموح، وإهدار حقوق واجبة الاحترام. فالمشروعية يجب ألا تتراجع أمام الواقع، وبخاصة إذا كان في إقرار الأخير مساس بحقوق مكتسبة تُعد حمايتها ضرورة لاستقرار المجتمع، ويتحقق معها إشباع حاجته للأمن، ومع ذلك يردِّد الفقه عدّة تساؤلات– في مجال محاولته إقرار أوضاع فعلية معينة يكون للاعتداد بها مسوّغٌ مقبول– عن قيمة الحقيقة الخفية التي لا يستطيع أحد أن يكتشفها، وهل تظل هي الأولى بالرعاية؟ وهل يمكن أن يترتب عليها آثارٌ قانونية؟ فالظاهر الذي يصعب اكتشاف مخالفته للحقيقة، هل يظل ظاهراً أم يصبح جديراً بوصفه بأنه حقيقة قانونية جديدة؟ أليس الظاهر القوى الذي فرض نفسه أولى بالرعاية من الحقيقة الضعيفة المتوارية[1].

---

(1) Voir: J. CALAIS – AULOY , Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, L.G.D.J.,Paris, 1959,P. (27) .

وتمشياً مع كل هذه التساؤلات نجد أن القضاء قد أجاب عليه من خلال اعترافه بمثل هذه المراكز الفعلية وافتراض صحة التصرفات الصادرة عنها مراعاة لاعتبارات قدر أهميتها، منها: ألا يكون من شأن الاعتراف بالوضع الظاهر الإضرار بالغير حسن النية، ولضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وذلك بشرط توافقها مع قواعد الشكل والمضمون التي كان يجب على السلطة القضائية مراعاتها في إصدارها في الظروف العادية، ولا يختلف الأمر في الأحوال التي تقوم فيها النظرية في الظروف الاستثنائية استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

3. 1. 1 آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي

وكما أشارت الدراسة، فإن المنطق القانوني المجرد يقضي ببطلان جميع التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي كونه ليس صاحبَ سلطة في إصدارها، لكن القضاء مراعاة منه لمصالح الغير حسن النية، ولضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد افترض صحة هذه التصرفات، ولابد لنا في دراسة هذا المطلب أن نبحث آثار هذه النظرية لتصرفات الموظف الفعلي في حالاته.

أولاً: بطلان سند شغل الوظيفة

إن التعيين هو الوسيلة الأساسية في تولي الوظائف العامة، ويحدث في كثير من الأحيان تولي الموظف للوظيفة، ثم يتبين بعد ذلك عدم صحة القرار الصادر بشغله لهذه الوظيفة؛ الأمر الذي يتطلب إلغاء قرار التعيين وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعيين، إلا أنّ الفقه والقضاء سواء في الأردن أو في مصر أو في فرنسا لجأ إلى إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة من الموظف الذي تقرر إلغاء تعيينه تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي، وذلك لمواجهة المشاكل العديدة التي يثيرها بطلان التعيين متفادياً الأضرار التي تلحق بالغير حسن النية والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، سواء كان شغل الوظيفة عن طريق التعيين أو الانتخاب.

العامـــة[1]، وهـــذا يعنـــي اعترافه بشرعية الأعمال والتصرفات التي يقوم بها الموظف الفعلي.

أما موقف القضاء الأردني فتبين من خلال أحد الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا اعترافها الصريح، والواضح بشرعية التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي الذي لم تتوافر الشروط اللازمة لشغل الوظيفة، أو بطلان التعيين لأي سبب من الأسباب حيث جاء في حكمها بأنه: "إن القول بأن اللجنة المشكلة للتحقيق في الشكوى المقدمة ضد أحد موظفي البلدية بموجب المادة (17) من نظام موظفي البلديات رقم(1) لسنة (1955) هي لجنة غير قائمة قانوناً، وإن قرارها بالنسبة لذلك يعد منعدماً وحقيقياً بالإلغاء، وهو قولٌ غير وارد. ذلك لأن الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا القاضي بأن تعيين هذه اللجنة كان غير قانوني قد صدر بعد صدور قرار اللجنة المطعون به، ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه الإداري أن الإجراءات التي قام بها الموظف الفعلي تعد صحيحة، ولو ثبت بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلاً"[2].

ومـــن خلال هذا الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا، نجد أنها اعترفت بشكل واضـــح وصريح بالتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي واعتبارها تصرفات قانونية وصـــحيحة حتى لو كانت صادرةً عن موظف كان تعيينُه باطلا أو انتخابُه، وذلك تمشياً مع المبادئ التي استقر عليها الفقه الإداري في صحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي.

2. موقف الفقه والقضاء المصري:

لقد اجمع الفقه المصري[3]، على شرعية التصرفات التي يقوم بها الموظف الذي يتبين عدم صحة انتخابه، وذلك خلال الفترة السابقة على إلغاء تعيينه حماية للغير حسن

---

(1) د . علـــي خطار شطناوي: الوجيز في القانون الإداري، ط1، سنة 2003 ، دار وائل،ص (235,234).

(2) عدل عليا :رقم106 \1973، مجلة نقابة المحامين 1972، الجزء الرابع، ص (168)

(3) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره: مرجع سابق ص.(438).

لم يقتصر على إضفاء الشرعية على الأعمال الصادرة فقط من أعضاء المجالس البلدية، بل قام بتطبيق الحلول نفسها في حالة عدم صحة انتخاب العمدة، أو مساعديه.

أما في حالة شغل الوظيفة عن طريق التعيين، فإن إلغاء قرار التعيين يقتضي إعدام كافة التصرفات الصادرة عن الموظف قبل الإلغاء، إلاّ أن الفقه الفرنسي[1]، قد استقر على الاعتراف بشرعية التصرفات الصادرة قبل بطلان تولي الوظيفة إعمالا لنظرية الموظف الفعلي التي تقوم على الظاهر، وذلك لأنه من الصعب على الغير العلم ببطلان سند شغل الوظيفة، خاصة في الفترة السابقة على إلغاء قرار التعيين، ويرى هذا الجانب أن الأمر لا يختلف بالنسبة للتصرفات الصادرة من الموظف بعد بطلان سند شغله للوظيفة، حيث تُعدُ مشروعة.

وهنالك جانب من الفقه الفرنسي يفرق بين التصرفات التي تصدر، وتنفذ قبل الطعن لإلغاء التعيين أو الانتخاب، والتصرفات التي تصدر قبل الطعن بالإلغاء إلا أنها لم تنفذ إلا بعد إقامة هذا الطعن[2].

فالتصرفات التي صدرت ونُفذِّت قبل الطعن بالإلغاء سليمة وصحيحة، حيث يجهل فيه الجميع العيب الذي شاب تصرفات الموظف، والمتمثلة في صدورها من شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير مشروعة.

أما التصرفات التي تصدر قبل الطعن بإلغاء التعيين ولا تنفذّ إلا بعده ، فإن الإدارة لا تستطيع أن تتمسك بتلك التصرفات في مواجهة الغير، حيث يستطيع الغير أن يدفع بعدم شرعية تلك التصرفات في مواجهة الإدارة، ويرجع ذلك إلى علم الإدارة بوجود الطعن، فإذا قامت الإدارة بتنفيذ تلك التصرفات بعد ما تكشف لها من عدم شرعية شغل

= فقـد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى شرعية انتخاب العمدة، حتى ولو شارك في هذا الانتخاب عدد من أعضاء المجالس البلدية الذين أبطل انتخابهم بعد ذلك.

(1) WELL, Op. Cit, p. (226). C . E., 2 Nov. 1923 Association des fonctionnaires de L'administration, centrale des postes et te'legraphes, Rec., P.(699).

(2) SPACH, Les suits de I 'annulation d'une nomination,J D une promotion, revocation ou mise a' la retraite', Th'ese paris , 1936,

مصدرها لوظيفته، فإنها ترتكب خطأً يستوجب المسؤولية، وبهذا لا تستطيع الإدارة الاستفادة من خطئها كأن تُلزم الغير احترام تلك التصرفات، بل على العكس فإن هذا الغير يستطيع التمسك بتلك التصرفات في مواجهة الإدارة، حيث لم يعلم بالطعن في قرار تعيين هذا الموظف.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي[1]، إلى إقرار شرعية التصرفات الصادرة عن الموظف قبل سحب، أو إلغاء قرار تعيينه دون أي تفرقة بين ما إذا كان شغل الموظف للوظيفة قد تم بطريقة يغلب الاعتقاد بشرعية ممارسته لها، وبين ما كان شغله للوظيفة لا يمكن الاعتقاد بشرعية شغله لها؛ أي بمعنى سواء توافر الظاهر المعقول الذي يدفع الغير إلى الوقوع في خطأ فيما يتعلق بشرعية شغل الموظف للوظيفة أو لم يتوافر. وكذلك بين ما إذا كان بمقدور الغير العلم بعدم شرعية التعيين أو لا يستطيع، وبين ما إذا كانت تصرفات الموظف المعين بطريقة غير مشروعة من شأنها تحقيق صالح الغير وبين ما إذا كانت عكس ذلك، وبين ما إذا كان الأمر يتعلق بأعمال مادية أو تصرفات قانونية.

وترى الدراسة ومن خلال موقف الفقه الفرنسي أنة قد ذهب إلى اعتبار أن التصرفات الصادرة عن الموظف بعد بطلان شغله للوظيفة تصرفات مشروعة، وبغض النظر عن علم أو جهل الموظف بزوال سند ممارسته للوظيفة، وذلك إذا توافرت شروط إعمال نظرية الموظف الفعلي، وينطبق هذا الموقف على الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وبعد أن انتهينا من تبيان موقف الفقه الفرنسي فنتناول موقف القضاء الفرنسي.

لقد اعترف قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشرعية التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي قبل بطلان توليه للوظيفة تطبيقاً منه لنظرية الموظف الفعلي التي تجد

---

(1) C. THERESINE , la nomination des agents publics en droit Francais, These. Paris, 1981, .(379).

أساسها في فكرة الظاهر، حيث من المتعذر على الغير العلم بعدم شرعية شغل الموظف للوظيفة، خاصة في الفترة السابقة على إلغاء قرار التعيين.

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في دعوى انتخابات المجلس البلدي لإقليم (HERONVILLE) بصحة الأعمال التي قام بها هذا المجلس رغم انتخاب اثني عشر عضواً بدلا من عشرة ، وذلك في الفترة التي سبقت إلغاء هذا الانتخاب، وقد ذهب مفوض الحكومة في هذه الدعوى إلى أن شرعية التصرفات والأعمال التي قام بها المجلس قبل إلغاء انتخابه عائدة إلى عدم وجود طعن من قبل سكان ذلك الإقليم، فعدم الطعن كان من شأنه تغطية عدم شرعية تشكيل المجلس البلدي(1).

كذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 21 ديسمبر سنة 1983 إلى شرعية انتخاب العمدة، حتى ولو شارك في هذا الانتخاب عدد من أعضاء المجالس البلدية الذين أُبطل انتخابهم بعد ذلك(2).

أما مدى شرعية التصرفات الصادرة عن الموظف الذي تبين عدم شرعية توليه للوظيفة، حيث جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف بشرعية التصرفات الصادرة قبل بطلان تولي الوظيفة إعمالاً لنظرية الموظف الفعلي، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض إلغاء القائمة التي على أساسها تم ترقية الموظفين بإدارة الاتصالات اللاسلكية والبريدية، رغم مشاركة أحد الموظفين الذي تبين بعد ذلك عدم شرعية شغله للوظيفة في أعدادها، حيث أعلن مجلس الدولة "شرعية شغل الموظف للوظيفة ما لم يتقرر بعد بطلان توليه لها"(3).

ومن خلال موقف الفقه والقضاء في الأردن ومصر وفرنسا ترى الدراسة أنها قد اتّفقت على اعتبار التصرفات الصادرة عن الموظف الذي يشغل الوظيفة بطريقة غير

---

(1) C . E , 30 Juin 1885, elections' d . HERONVILLE , rec ., p .(126).

(2) C . E ., 21 dec . 1983 , elections du maire de Lime i l – Brevannes , R . D . P . 1984 p .(206) , note DRAGO .

(3) C . E ., 2 nov . 1923 , Association des fonctionnaires de l administration central des postes et telegrephes , rec ., p .(699).

مشروعة تصرفات صحيحة ومنتجة لكافة آثارها إذا توافرت شروط نظرية الموظف الفعلي، سواء تعلق الأمر بالتصرفات الصادرة قبل بطلان الوظيفة أو بعدها.

ثانياً: الاستمرار غير المشروع في الوظيفة

إنّ علاقة الموظف بالإدارة علاقة مؤقتة بطبيعتها فقد تنتهي الخدمة بقوة القانون كما في حالة بلوغ الموظف سنّ التقاعد، أو بإحالته للتقاعد بقرار من الإدارة وفقاً للحق المُخوِل لها بموجب القوانين والأنظمة المعمول بها[1]، وقد تنتهي بإرادة الإدارة من خلال إصدارها لقرار بفصل الموظف، أو وقفه عن العمل، وقد تنقضي بانتهاء مدة ولاية وظيفته المحددة، وقد يرجع ذلك لرغبة الموظف في حالة الاستقالة.

وعلى أية حال فإنه بانتهاء العلاقة الوظيفية بين الإدارة والموظف فإن الموظف لا يستطيع الاستمرار في شغل الوظيفة، إلا أنه من الممكن أن يستمر الموظف في شغله للوظيفة بعد انتهاء صفته القانونية ويُصدر قرارات، أو يبرم عقوداً إدارية كما لو كان ما زال في الخدمة، ويباشر أعمال الوظيفة بشكل يتعذر على الغير معرفة زوال صفته، وهنا يُثار التساؤل عن الآثار المترتبة على شغله لهذه الوظيفة، وما مدى شرعية التصرفات الصادرة عنه؟ كذلك من الممكن أن يكون قرار إنهاء الخدمة قراراً غير مشروع مما يستتبع الحكم بإلغائه، فما هو أثر إلغاء أو سحب قرار إنهاء الخدمة على التصرفات التي وقعت قبل الإلغاء أو السحب؟ وهل من الممكن إعمال فكرة الأثر الرجعي لبطلان قرار إنهاء الخدمة؟ واعتبار تصرفات الموظف التي تمت قبل البطلان صحيحة؟ أيضا فإن الحكم ببطلان قرار إنهاء الخدمة وعودة الموظف إلى وظيفته التي كان يعمل بها يؤدي إلى حدوث تنازع بينه وبين الموظف الذي حل محله، خاصة أن فكرة البطلان تقتضي النظر إلى الموظف الذي أُلغي قرار إنهاء خدمته أو قامت الإدارة بسحبه وكأنه لم يترك الوظيفة، مما يستتبع بطلان من حلّ محلّه حيث تم تعيينه في وظيفة ليس لها شاغر، وما مدى شرعية التصرفات الصادرة عن هذا الموظف؟ وسوف تقوم الدراسة بالإجابة عن جميع هذه التساؤلات التي تم طرحها من خلال الوقوف على

---

(1) المادة 158 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة (2002).

الموقف التشريعي، وموقف الفقه، والقضاء من هذا التطبيق الذي من خلاله نتعرف إلى مصير القرارات الصادرة عن الموظف الذي انتهت الرابطة الوظيفية بينه وبين الإدارة.

1. الموقف التشريعي:

نـرى أنـه لابـد من الإشارة إلى أن المشِّرع في حالات معينة يمكن أن ينص صـراحة علـى شـرعية استمرر الموظف في ممارسة مهام وظيفته، وما يتطلبه من إصدار القرارات اللازمة لتسيير العمل وذلك حفاظاً على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وإضفاء الشرعية على هذه الأعمال، والاستناد إلى نظرية الموظف الفعلي. حيث من المتعذر على الغير الذي يتعامل مع هذا الموظف العلم بحقيقة مركزه، فـإن هذا الموظف يمارس الوظيفة في الظروف نفسها التي يمارسها الموظف الرسمي، ويكـون اعتقاد الغير المخالف للحقيقة مسوِّغاً. ولا بد للدراسة من بيان موقف التشريع الأردني، والتشريع المصري، والتشريع الفرنسي.

أ. موقف المشرع الأردني:

لم تجد الدراسة أيَّ نصِّ للمشرِّع الأردني بخصوص هذا التطبيق، ومن المعروف أنَّ نظرية الموظف الفعليِّ هي في الأصل من ابتكار القضاء.

ب. موقف المشرع المصري:

لقـد أجاز المشرِّع المصريُّ استمرار بقاء القاضي في الخدمة حتى أول يوليو إذا بلـغ سـن التقاعد في الفترة من أول اكتوبر إلى أول يوليو، وقد أوضح مجلس الدولة المصـري أن المشـرع يستهدف من هذا القانون المحافظة على استمرار سير المرافق العامـة بانتظام واضطراد، وترى الدراسة أن هذا الموقف من المشرِّع المصري يمثِّل دعامـة أساسـية لموقف الفقه والقضاء من هذا التطبيق كما سيمر معنا في موقف الفقه والقضاء المصري[1].

---

(1) قـانون مجلـس الدولة المصري رقم (47) لسنة (1972) والمعدل بقانون رقم(50) لسنة (1973).

جـ. موقف المشرع الفرنسي:

لقد أجاز القانون الصادر في فرنسا في 15أبريل سنة 1884في المادة(81) منه بقاء العمدة، أو نائبه بصفة مؤقتة في ممارسة اختصاصاته حتى يتم تعيين من يحلُّ محلَّه. وكذلك وفي المقابل فقد تناول المشرِّعُ الجزائي الفرنسي في المادة (197) من قانون العقوبات الفرنسي بالتجريم والعقاب للموظف الذي يستمر في مزاولة وظيفته رغم زوال صفته، حيث لم يكتفِ المشرع بتوقيع عقوبة الحبس والغرامة، بل تعدى ذلك إلى منع هذا الموظف من مزاولة أيِّ وظيفة لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشر سنوات[1].

وترى الدراسة أنّ هذا الموقف من المشرّع الفرنسي يمثل دعامة رئيسة لنظرية الموظف الفعلي، ويشكل كذلك اعترافاً واضحاً وصريحاً بشرعية هذه التصرفات والأعمال التي يقوم بها الموظف العام الذي انتهت خدمته في مزاولة وظيفته بصفة مؤقتة. ونتمنى على مشرّعنا الأردني أن ينهج هذا النهج.

2. موقف القضاء:

وكما بينا موقف التشريعات من هذا التطبيق، فسوف نبين الآن موقف القضاء، حيث نبدأ في بيان موقف القضاء الأردني ممثلاً بموقف محكمة العدل العليا، وبعد ذلك موقف القضاء المصري والفرنسي.

أ. موقف القضاء الأردني:

نرى ومن خلال مطالعة أحكام محكمة العدل العليا رُغم قلّتها في هذا التطبيق، أنها قد اعترفت بالقرارات الإدارية الصادرة عن أشخاص أو هيئات إدارية، لم تعد مؤهلة قانوناً لممارسة الاختصاص.

---

(1) "Toute fonctionaire public revoque`, destitute`, suspendu ou interdit legalement, qui, après en avoir eu connaissance officielle, aura continue`L`exercice de ses function , ou qui , `etant `electif ou temporaire, les aura exerce`es apre`s avoir `ete` remplace`, sera puni d`une emprisonnement....Il sera interdit de L` exercice de

وقد أوضحت ذلك الاعتراف من خلال أحد أحكامها حيث جاء فيه" وإن كانت مدة المجلس قد انتهت عندما أصدر قراره بالاستملاك بتاريخ 1972/3/16 إلا أنه كان عند إصداره هذا القرار يقوم بمسؤولياته استمراراً لقرار تشكيله القانوني، فلا يستطيع التخلي عن مسؤولياته ما دام لم يصدر قرار بتعيين مجلس قروي آخر، وبالتالي فإنه ينطبق على قرار الاستملاك الصادر بتاريخ 1972/3/16 إنه صادر عن موظف فعلي فهو مشروع بمقتضى مبادئ الفقه الإداري"[1].

ب. موقف القضاء المصري:

لقد اعتد القضاء الإداري المصري بتصرفات الموظف الذي انتهت الرابطة القانونية بينه وبين الإدارة وبغض النظر عن هذه الرابطة، واعتبرته موظفاً فعلياً وذلك لإضفاء الشرعية على التصرفات التي قام بها تجاه الغير، وقد ميز القضاء الإداري المصري بين حالتين هما: حالة استمرار الموظف في شغل الوظيفة دون علم أو موافقة الإدارة، وحالة استمرار الموظف في شغل الوظيفة بموافقة الإدارة. وسوف تبحث الدراسة هاتين الحالتين بشيء من التفصيل.

الحالة الأولى: حالة استمرار الموظف في شغل الوظيفة دون علم الإدارة

المقصـــود بهـــذه الحالة، أن يستمر الموظف الذي انتهت خدمته في شغل الوظيفة دون علم، أو موافقة من جانب الإدارة، فقد اعترف القضاء المصري بهذه الحالة حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصري[2]، بأن العلاقة الوظيفية بين الحكومة والموظف إنمـــا ينفصـــم عراها متى قام سبب من أسباب انتهاء الخدمة... ومنها: بلوغ الموظف الســـن المقررة لإحالته على المعاش، وهي بالنسبة للمدَّعي بلوغه سن الخامسة والستين التـــي يبلغها في 10 يونيو سنة 1952 إذ في هذا التاريخ يعُدّ المدعي محالاً على التقاعد بقوة القانون، أما استمراره في القيام بأعمال وظيفته، ومنحه الدرجة الرابعة الشخصية

---

(1) عدل عليا :رقم102 /1972، مجلة نقابة المحامين، 1973، ص (362)

(2) مجموعة أحكام القضاء الإداري. السنة الرابعة عشر، القضية رقم 883 لسنة 12وق، ص (113).

فـــي المدة اللاحقة إلى تاريخ أول أكتوبر سنة 1956 وإبلاغ راتبه إلى 35 جنيهاً، فهذا الاســـتمرار فـــي العمـــل لا يغـــير من الأمر شيئاً، وذلك أن الخدمة تعد منتهية بتحقّق سببـــها، ويعد الموظف خلال الفترة اللاحقة موظفاً فعلياً ".

وتـــرى الدراســـة مـــن خلال هذا الحكم أن محكمة القضاء الإداري المصري قد اعترفـــت بالتصـــرفات التـــي قام بها الموظف رغم انقطاع العلاقة القانونية بينه وبين الإدارة، ورغم استمراره في العمل دون علم الإدارة، أو الموافقة على استمراره، حيث عـــدت هـــذه التصرفات الصادرة منه بأنها صادرة عن موظف فعلي، لكنها لم تعترف بحقه في حقوق الوظيفة العامة.

وكذلـــك قضـــت محكمة النقض المصرية صراحة بصحة التصرفات التي قام بها الموظف بعد انتهاء ولايته حيث جاء في حكم لها بأنه[1]،" وحيث إن هذا النص صحيح، وذلك أنه لما كان يبين من الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه، أن الطاعـــن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه، وإن صح أن نقابة مستخدمي قناة السويس قد زال وجودها القانوني بصدور قانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس إلا أن وجودها الفعلي قد ظل قائماً حتى صدور قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 21 لســـنة 1959، حيـــث ظلـــت تباشر نشاطها حتى هذا التاريخ، وأن هذا الوجود الفعلي الظاهـــر الـــذي كان معترفاً به من هيئة قناة السويس، ومن كتب العمل، ومن الوزارة المطعـــون ضدها من شأنه أن يجعل التصرف الصادر عن النقابة إلى الطاعن في هذه الفـــترة صحيحاً مثله في ذلك مثل التصرف الذي يصدر عن الموظف الذي يستمر في أداء وظيفته بعد انتهاء ولايته. لما كان ذلك، وكان يترتب على التصرفات الصادرة عن صـــاحب المركـــز الظاهـــر المخـــالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهـــر مـــن شـــأنها أن تولـــد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإن الحكم

---

(1) حكـــم صـــادر عن محكمة النقض المصرية في 30 نوفمبر سنة 1971 ، مجموعة أحكام النقض، السنة 22 و الطعن رقم 53 لسنة 37ق، ص(959).

المطعـــون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر، وأغفـــل بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلي مختلف علـــيها، ولا محـــل للاستدلال بها يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب؛ مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

ونرى من خلال مطالعة هذا الحكم أن محكمة النقض قد قامت بتطبيق نظرية الموظف الفعلي في الأحوال التي يستمر فيها الموظف في شغل الوظيفة بعد انتهاء ولايته، وقد اعترفت بالتصرفات الصادرة عنه، وترتيب مختلف الآثار القانونية على هذه التصرفات، كما لو كانت صادرة عن موظف يشغل الوظيفة بسند صحيح، وأن الأمر لا يقتصر على الأشخاص الطبيعية، ولكنه يمتد إلى الأشخاص المعنوية.

الحالة الثانية: موافقة الإدارة باستمرار الموظف المنتهية خدمته بشغل الوظيفة

من الممكن أن يؤدي إنهاء خدمات أحد الموظفين إلى إلحاق بعض الأضرار في سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. كما لو كان هناك موظف يقوم بعمل له خصوصية معينة، من الصعب جدا أن تجد الإدارة بديلاً له كما لو كان يعمل مبرمجاً لأجهزة الطيران حيث من الصعب أن يعهد بهذا العمل إلى غيره، فالحاجة والضرورة تقتضيان استمرار هذا الموظف في عمله لغاية إيجاد البديل المناسب له، وغالباً ما تقوم الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص بالموافقة على استمرار الموظف في عمله بالرغم من انتهاء خدمته، وتأخذ بتاريخ انفكاكه عن العمل، وليس ما ورد في كتاب انتهاء الخدمة وغالبا ما يكون هذا العمل متطابقاً مع أحكام القانون. وقد أشارت الدراسة إلى بعض التشريعات التي تسمح بذلك[1]، ولكن ماذا لو كان استمرار الموظف الذي انتهت هذه الرابطة القانونية بينه وبين الإدارة مخالفاً لأحكام القانون؟ ترى الدراسة أن هذا

---

(1) لقـــد أجـــاز المشرع الفرنسي استبقاء الموظف بعد انتهاء خدمته. وذلك كما ورد في المادة (5) من قانون الإدارة المحلية رقم (124) لسنة(1960). حيث اعتبرت المحافظين مستقيلين بحكم القانون بانتهاء رئاسة الجمهورية ويستمرون في مباشرة وظائفهم إلى أن يعيين رئيس الجمهورية المحافظين الجدد

الموظف يعد موظفاً فعلياً خلال هذه الفترة، حيث لا يوجد أي سند قانوني لممارسته أعباء الوظيفة بعد انتهاء الرابطة القانونية بينه وبين الإدارة، والأساس الوحيد لإضفاء الشرعية على الأعمال والتصرفات التي قام بها خلال هذه الفترة هو نظرية الموظف الفعلي.

وهذا ما سار عليه مجلس الدولة المصري صراحة في العديد من أحكامه فقد جاء بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 3 فبراير سنة 1962م، "بأن استمرار الموظف في عمله بعد انتهاء صلته القانونية بالوظيفة، أو بالجهة التي كان يعمل بها ليسلم ما في عهدته، أو للقيام بعمل مما تستلزمه طبيعة الوظيفة، ولا يحتمل إبطاء أو تعطيلاً، فكل ذلك إنما مرده إلى مبدأ أصيل هو حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد"[1].

وكذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى أنه:"إذا كان مجلس بلدي الجيزة قد فقد وجوده، واختصاصه بصدور القانون رقم (145) لسنة(1949)، إلا أن الأمر يقتضي بحكم الضرورة- ضرورة سير المرافق العامة والمصالح الإقليمية دون تعطيل- أن يباشر مجلس بلدي الجيزة أعماله باعتباره نائباً عن مجلس بلدي القاهرة نيابة فعلية تقتضيها ظروف الأحوال وتوجبها المصلحة العامة، وتظل هذه النيابة الفعلية قائمة إلى أن تزول أسبابها، وذلك عندما يستكمل المجلس البلدي الجديد مقومات وجوده، ويتمكن من مباشرة جميع اختصاصاته"[2].

وترى الدراسة ومن خلال هذه الأحكام أن موقف المحكمة الإدارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري المصري قد اتفقتا على صحة التصرفات التي يقوم بها الموظف الذي انتهت الرابطة القانونية بينه وبين الإدارة وحتى لو كان ذلك مخالفاً

---

(1) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مجموعة السنة السابعة، القضية رقم (849) لسنة (5) ق، ص، (283).

(2) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 15 مايو سنة 1956، مجموعة السنة العاشرة، القضية رقم 1370 السنة 16 ق،ص(330).

لأحكام القانون، ولكنه كان مستمرا بعمله بعلم الإدارة، وذلك بغية الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وبهذا القدر تكون الدراسة قد أوضحت موقف القضاء المصري من هذا التطبيق، حيث عدت استمرار الموظف بالعمل بعد انتهاء خدمته بناء على طلب الإدارة بالمخالفة، أو بالموافقة لأحكام القانون يمثل إحدى صور نظرية الموظف الفعلي، وذلك تأسيساً على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة.

جـ. موقف القضاء الفرنسي:

سبق أن أوضحت الدراسة بأن علاقة الموظف بالوظيفة العامة هي علاقة مؤقتة بطبيعتها، حيث لا يمكن أن تستمر هذه العلاقة إلى الأبد. وهنالك أسباب متعددة لانتهاء هذه العلاقة، حيث قد تنتهي هذه العلاقة بقوة القانون، أو بإرادة الموظف نفسه، أو بإرادة الإدارة، وبغض النظر عن سبب الانتهاء فالأصل أن سند استمرار الموظف بهذه الوظيفة قد انتهى، حيث لا يجوز أن يستمر بممارسة أي تصرف قانوني متعلق بهذه الوظيفة.

لكن ماذا لو استمر هذا الموظف في ممارسة مهام وظيفته؟ وما مصيرُ القرارات أو التصرفات التي اتخذها أثناء استمراريته في العمل في هذه الوظيفة؟ وما موقف القضاء الفرنسي مكتشف هذه النظرية؟ وهذا ما سوف توضحه الدراسة من خلال أحكام القضاء الإداري الفرنسي.

لقد أولى القضاء الإداري الفرنسي عنايته بهذا التطبيق، حيث صدرت أحكامه على تقرير انعدام مثل هذه التصرفات التي يقوم بها الموظف الذي انتهت خدمته وعلاقته الوظيفية بالوظيفة العامة، وكل هذا تطبيقاً لأحكام القانون، إلا أنه هنالك حالات تستدعي القضاء أن يحيد عن هذا المنطق القانوني، وذلك حماية للمصلحة العامة، وما يتطلبه حسن سير واستمرار المرافق العامة بانتظام واضطراد، وحماية الغير حسن النية الذي لا يعلم بانتهاء العلاقة القانونية بين الموظف والوظيفة العامة؛ ما يستوجب ذلك الاعتراف بشرعية التصرفات التي قام بها هذا الموظف، وترتيبها لمختلف الآثار القانونية.

وقد كان موقف مجلس الدولة الفرنسي على الرغم من قلة الأحكام القضائية حول هذا التطبيق أحكاماً نادرة وغير مباشرة، ومن هذه الأحكام ما قضت به في 21 ديسمبر سنة 1955" بعدم استحقاق الموظف الذي انتهت خدمته لأي مقابل عن الأعمال التي قام بها بعد انتهاء الخدمة لعدم توافر حسن نيته، حتى ولو نُظر إليه خلال هذه الفترة كموظف، أو قبل زملاؤه ورؤساؤه تعاونه في العمل"(1).

وترى الدراسة ومن خلال هذا الحكم أن هذا الحكم لم يتطرق إلى التصرفات التي قام بها الموظف خلال هذه الفترة؛ أي أنه لم يعترف فيها بشكل واضح وصريح، وكذلك لم يشكك في سلامتها، حيث يمكن القول: إن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر ضمنياً صحة هذه التصرفات التي قام بها هذا الموظف، ولكن كان الأجدر أن يكون الاعتراف بهذه التصرفات بشكل واضح وصريح، كما قرر عدم الاعتراف لهذا الموظف بالحق في مرتب مالي للوظيفة، أو أي مقابل لعدم توافر سلامة نيته.

وقد علق جانب من الفقه الفرنسي على هذا الحكم، حيث رفض اعتبار هذا الموظف موظفاً فعلياً لعدم توافر حسن نيته، حيث لا يعد لذلك أية أهمية تذكر في مجال نظرية الموظف الفعلي، فالمقصود- كما يدعى هذا الجانب من الفقه- بحسن النية اللازم لقيام هذه النظرية، هو حسن نية الغير الذي تعامل مع الموظف الفعلي، وليس حسن نية الموظف الفعلي(2).

3. موقف الفقه

وسوف تبحث الدراسة في موقف الفقه فهل كان متطابقاً مع الموقف التشريعي والقضائي في كل من الأردن ومصر وفرنسا؟ حيث نبدأ بموقف الفقه الأردني، ومن ثم الفقه المصري، وأخيرا موقف الفقه الفرنسي.

---

(1) C.E., 21dec. 1955 , EZAC , R.D.P.1956, p.(676), note DRAGO.

(2) DRAGO مشار إليه في د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (341)

أ. موقف الفقه الأردني:

بعد البحث والتحري لم تجد الدراسة أي رأى يذكر للفقه الأردني حول هذا الموضوع، مع العلم بأن القضاء الأردني قد اعترف بالقرارات الصادرة عن المجالس البلدية التي انتهت ولايتها القانونية[1]، وكثيراً ما تلجأ السلطات الإدارية إلى استمرارية الموظف الذي انتهت خدمته بموجب نظام الخدمة المدنية الأردني[2]، وتعتد بتاريخ انفكاك الموظف عن العمل وليس من تاريخ انتهاء الخدمة (تاريخ التقاعد) وتكون قرارات هذا الموظف صحيحة ومشروعة وتعامل وكأنها صادرة عن موظف فعلي.

وهنالك تطبيقات متعددة في مجال الوظيفة العامة في الأردن، ومثال ذلك حالات تعيين الموظفين في وزارة التربية والتعليم (المعلمين) وكذلك الهيئات التدريسية في الجامعات، حيث تتم مباشرة الموظف قبل صدور قرار التعيين بفترة طويلة، وهنا نطرح التساؤل التالي: ماذا لو لم تتم الموافقة على تعيين هذا الموظف، وماذا بشأن القرارات التي أصدرها خلال هذه الفترة؟ ونجد الإجابة عن ذلك من خلال موقف القضاء الأردني الذي اعتد بهذه التصرفات وعدّها مشروعة وكأنها صادرة عن موظف فعلي، كذلك تطبيق الحكومات الفعلية التي تقدم استقالتها وتتم الموافقة عليها، ويتم تكليفها لفترة غير محددة لتصريف الأعمال لحين تشكيل حكومة جديدة، وهل تُعد تصرفاتها قانونية؟ ونستطيع القول بأن تصرفاتها قانونية وتعامل على أنها صادرة من حكومة فعلية، وحقيقة هذا الموضوع يستحق البحث فيه من جانب الفقه الأردني الذي سبق وأن ذكرت لم نجد أي رأى يُسعفنا في هذه الدراسة.

---

(1) عدل عليا: رقم102 /1972، مجلة نقابة المحامين، 1973، ص (362).

(2) تنص المادة (158/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (55) لسنة (2002) على أنه" تنتهي خدمة الموظف في أي من الحالات التالية:

1. قبول الاستقالة. 2. فقدان الوظيفة. 3. عدم اللياقة الصحية. 4. الاستغناء عن الخدمة.5. العــزل من الوظيفة. 6. بلوغ السن القانونية لانتهاء، أو أنها الخدمة على أن تراعى أحكام قانون التقاعد." .

ب. موقف الفقه المصري:

يكاد الفقه المصري يجمع على صحة وشرعية التصرفات الصادرة عن الموظف الذي يستمر في ممارسة العمل في الوظيفة العامة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي، رغم صدور قرار إنهاء علاقته بالوظيفة العامة، وذلك لوجود الاعتقاد الصحيح حول شغل الموظف لهذه الوظيفة، حيث يتعذّر على الغير الذي تعامل مع هذا الموظف العلم بعدم شرعية شغله للوظيفة العامة[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يشمل الإجماع صحة أو سلامة القرارات التي اتخذها الموظف أثناء شغله لهذه الوظيفة بعد موافقة الإدارة مخالفةً بذلك أحكام القانون؟ وماذا لو كان قرار الانتهاء غير صحيح، وما الآثار المترتبة على هذا القرار؟ هذه الأسئلة كلها سوف تجيب عنها الدراسة من خلال موقف الفقه المصري.

وكما أشارت الدراسة، فإن الفقه المصري قد أجمع على اعتبار التصرفات الصادرة عن الموظف الذي يستمر في الوظيفة العامة تصرفات صحيحة ومنتجة لآثارها، رغم صدور قرار إنهاء الخدمة وكان هذا الإنهاء صحيحاً، لكنهم اشترطوا أن تكون هنالك دلائل كافية من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بصحة قيام هذا الموظف بأعباء الوظيفة العامة.

---

(1) د . نعيم عطية: بحث منشور" انتهاء الخدمة ببلوغ السن القانونية"، مجلة العلوم الإدارية سنة 1968، العدد 1 ص (61).

د . مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص (364).

د . فؤاد العطار، القضاء الإداري، طبعة سنة 1966،ص(653).

د . عــبدا لقــادر خليل عوده: سحب القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، سنة 1964، ص (339).

المستشار محمود الشربيني. بحث بعنوان " الوظيفة العامة"، مجلة المحاماة، السنة السادسة والستون، سنة 1986 العددان الثالث والرابع ص (54).

فقد يحدث في حالات معينة قيام الإدارة باستبقاء أحد الموظفين بعد انتهاء خدمته، ويفرق الفقه بين إذا كان هذا القرار مُطابقاً لأحكام القانون، وبين أن يكون هذا القرار مخالفاً لإحكام القانون[1].

فيرى هذا الجانب أنه إذا كان القانون يسمح أو يعطي للإدارة الحق في استمرارية الموظف بعد صدور قرار الإنهاء في أحوال معينة، فإن الأمر يخرج من نطاق نظرية الموظف الفعلي، فإن هذا الموظف يكون استمراره باعتباره موظفاً قانونياً.

أما في حالة استبقاء الموظف في الخدمة بعد انتهاء العلاقة الوظيفية بالإدارة بناء على طلب الجهة الإدارية المختصة مخالفة بذلك أحكام القانون، فإنهم يرون أن هذا الموظف موظف فعلي خلال هذه الفترة وذلك لعدم وجود سند قانوني لاستمراره في ممارسة الوظيفة بعد انتهاء خدمته، فإن استمراره كان من أجل المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وبالتالي تُعدُّ الأعمال الصادرة عنه في هذه الحالة صحيحة وسليمة وذلك تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي[2].

وتستطيع الدراسة أن تلخص موقف الفقه المصري على النحو الآتي:

إن استمرار الموظف في ممارسة العمل الوظيفي بعد انتهاء خدمته بناء على طلب الإدارة مخالفة بذلك أحكام القانون، فإنه يمثل إحدى صور نظرية الموظف الفعلي، تأسيساً على فكرة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

جـ. موقف الفقه الفرنسي:

يـــرى بعضـــاً من الفقه الفرنسي أن تصرفات الموظف الذي انتهت خدمته هي تصـــرفات صحيحة ومرتبة لكافة آثارها القانونية فقط في الفترة من وقت صدور قرار إنهـــاء الخدمـــة وحـــتى إعلانه به، وذلك استناداً إلى فكرة الموظف الفعلي، ويرى هذا الجانـــب أن ترتيـــب الآثار المختلفة على هذه التصرفات ضرورة تحتمها حماية الغير

---

(1) د. مجدي عزالدين يوسف: مرج سابق، ص (362).

(2) د . مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق، ص (364).

حســن النــية، وللمحافظة على سير المرافق العامة[1]، وقد أجمع الفقه في فرنسا على صــحة التصــرفات التــي يقوم بها الموظف بعد انتهاء خدمته وترتيبها لمختلف الآثار القانونية إذا توافرت شروط إعمال نظرية الموظف الفعلي[2].

وتطبيقا لذلك ذهب بعضاً آخر من الفقه الفرنسي إلى الاعتراف ببراءة الذمة المالية للغير الذي قام بتسديد المستحقات المالية الواجبة عليه للموظف الذي انتهت خدمته. وذلك لكون الإدارة لم تسحب منه المستندات التي تخول هذا الموظف القيام بوظيفة الجباة أو المحصل، فحسن نية الغير المتمثلة بعدم المعرفة بانعدام صفة الموظف القائم على التحصيل[3].

ويذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى أن هذه النظرية تمتد لتشمل الوظائف محددة المدة سواء كانت عن طريق الانتخاب أو التعيين، فبعد انتهاء خدمة هذا الموظف فإنها تنتهي بقوة القانون، فإذا استمر هذا الموظف في أداء وظيفته فإنه يعد مغتصباً لهذه الوظيفة، وبالتالي تصبح جميعُ تصرفاته باطلة ولا ترتب أي إثر قانوني فيأتي دور نظرية الموظف الفعلي في مثل هذه الحالة للحد من قسوة المبادئ والقواعد القانونية لتخفف من وطأة هذه القواعد والمبادئ، فاعترفت بالتصرفات التي يقوم بها الموظف بعد انتهاء خدمته المحددة طالما أن ذلك كان يتم بطريقة من شأنها إيقاع الغير في الغلط، أما إذا كان انتهاء الخدمة من الوضوح بحيث لا يمكن أن ينخدع فيه أي فرد فإن التصرفات التي يقوم بها الموظف تكون معدومــة، وليس لها أي أثر قانوني[4].

---

(1) Lupl , les position de fonctionnaire , These paris , 1956 , p (.50).

(2) F - WODIE , I inexistence des actes juridiques unilateraux en droit adminisrtatif francais precite ,Op.Cit, p(.83).
E- JUOVE , recherches sur la notion d'apparence en droit administrative francais, preciteOp.Cit, p .(302).

(3) G . JEZE, Les principes genereux du Droit Administratif , precite Op.Cit, p .(91).

(4) T- ROUSSEAU , Op.Cit. p.(47).

وترى الدراسة، ومن خلال موقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي، أنهما اعترفا صراحة بالتصرفات التي يقوم بها الموظف الذي انتهت خدمته، وذلك حماية للغير حسن النية، وحفاظاً على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ثالثاً: انعدام سند شغل الوظيفة

إن قرار التعيين يُعدُّ السند القانوني لنشوء العلاقة الوظيفية بين الإدارة والموظف، وهو الذي يضع الموظف في المركز القانوني للوظيفة، فيمارس عمله مستنداً إليه، وقد يحدث أن يتولى أحد الأفراد مباشرة مهام وظيفة معينة قبل أن تتم إجراءات تعيينه أو انتخابه، فإنه من الطبيعي أن تكون التصرفات الصادرة منه معدومة الأثر، أو يتطوع شخص لمعاونة الإدارة بممارسة أعمال وظيفية معينة فتقبل الإدارة معاونته، أو تعترف بصحة تصرفاته[1]، وفي مثل هذه الحالة فإن ممارسة الوظيفة قبل التعيين بناء على الموافقة الصريحة أو الضمنية من جانب الإدارة، من شأنه خلق ظاهر مخالف للحقيقة يدفعُ الأفراد إلى الاعتقاد بشرعية سند شغل الموظف للوظيفة؛ مما يستتبع الاعتراف بالتصرفات الصادرة عن هذا الموظف وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وحماية للغير حسن النية[2].

وهـنا نطـرح التسـاؤل الآتـي وهو ما مدى شرعية التصرفات الصادرة من الموظف الذي لم يسبق صدور قرار بتعيينه أو انتخابه ؟ وسوف تجيب الدراسة عن هذا السـؤال مـن خـلال الوقـوف على موقف الفقه والقضاء في كل من الأردن ومصر وفرنسـا.بالنسبة لموقف الفقه والقضاء الأردني، لم تجد الدراسة أي رأى للفقه الأردني حـول هذه الحالة، وكذلك لم تعثر على أي حكم قضائي بخصوص هذه الحالة وسوف تقتصر الدراسة على بحث هذا الموضوع ضمن الفقه والقضاء المصري، والفرنسي.

---

(1) د . ماجد راغب الحلو: مرجع سابق، ص (65,64).

(2) د . محمد حامد الجمل : الموظف العام فقها وقضاء، مرجع سابق، ص (537).

1. موقف الفقه المصري:

يؤكـد جانـباً من الفقه المصري[1]، على شرعية التصرفات التي يقوم بها أحد الأفـراد بناءً على موافقة الإدارة، دون إكمال إجراءات تعيينه في الوظيفة التي يشغلها، وتـتحقق هـذه الصـورة في حالة قيام المرشح لشغل الوظيفة بممارسة أعبائها بمجرد ترشيح الإدارة له، أو بناء على تكليف الإدارة أو موافقتها الضمنية أو الصريحة بشغل الوظيفة لحين صدور قرار التعيين، وفي حالة عدم صدور قرار التعيين، أو صدر نافذاً مـن تـاريخ صدوره، فيرى هذا الجانب من الفقه بأنه يمكن اعتبار مثل هذا الشخص موظفـاً فعلـياً في الفترة التي شغل خلالها الوظيفة، ولم يشملها قرار التعيين، وتكون جمـيع التصـرفات الصـادرة مـنه في تلك الفترة مشروعة استناداً لنظرية الموظف الفعلي[2].

---

(1) د. محمد حامد الجمل: مرجع سابق ، ص (537).
د. ماجد راغب الحلو: مرجع سابق ، ص (64).
د. مجدي عزا لدين يوسف: مرجع سابق ص (374).
د. المستشار محمد الشر بيني: مقال في الوظيفة العامة من بدايتها ونهايتها، مجلة المحاماة، السنة السادسة والستون ، العددان الثالث والرابع، سنة1986.

(2) إن الـرابطة الوظيفـية بين الإدارة والموظف لا تنشأ إلا من تاريخ صدور قرار التعيين؛ الأمـر الـذي يعني عدم مشروعية ممارسة الوظيفة قبل صدور هذا القرار، حتى ولو كان هـناك ترشـيح من جانب الإدارة أو موافقة ضمنية على شغل الوظيفة لحين صدور قرار التعيين، وفي هذا الصدد ذهبت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في 31 أكتوبر سنة 1984 إلى أن " الترشيح لا يغني عن صدور قرار من السلطة المختصة بتعيين من رشحته اللجـنة، فقـرار التعيـين هـو وحده الذي ينشئ المركز القانوني للعامل وتفتح به العلاقة الوظيفـية" فـتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادر في 31 أكتوبر سنة 1984، رقم 1093، ملف رقم 86/ 983 " غير منشور" .

2. موقف القضاء المصري

لقد أصدرت إدارة الفتوى بمجلس الدولة المصري فتوى تقول فيها"إذا تقلد شخص أعمال وظيفته قبل استيفاء مسوّغات التعيين بها، وأحيل إلى الكشف الطبي ولكنه لم يحز شروط اللياقة الطبية ولم يصدر قرار بتعيينه، فإنه يُعدُّ موظفاً فعلياً طالما لم يصدر قرار بالتعيين، وليس له الحق في أكثر مما يساوي مرتب الوظيفة كتعويض في مقابل العمل، ويجوز إنهاء خدمته دون حاجة لصدور قرار بفصله"[1].

ويتبين لنا من خلال هذه الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أنها تعتد بالتصرفات الصادرة من الموظف الفعلي وترتب عليها مختلف الآثار، إذ لم تشكك في سلامة تلك الأعمال.

أما محكمة القضاء الإداري فقد رتبت نتائج هذه النظرية من شرعية التصرفات واستحقاق المقابل دون إشارة صريحة إليها، حيث جاء بحكمها الصادر في 30 نوفمبر سنة 1957 "وبهذه المثابة لا يمكن اعتباره قانونا موظفاً معيناً في خدمة الحكومة، ولو كان قد تسلم العمل فعلا في الفترة التي انقضت بين الترشيح ورفض التعيين حتى لو تقاضى بالفعل مقابلا عن عمله خلالها، مادام لم ينشأ في حقه المركز القانوني كموظف، وهو لا ينشأ إلا بأداة التعيين ممن يملكها، ولا يكون الأساس القانوني لما عساه يستحق من مقابل لما أدّاه فعلا من عمل راجعاً إلى انعقاد رابطة التوظيف، وإنما إلى أساس قانوني آخر غير ذلك"[2].

وترى الدراسة من خلال موقف الفقه والقضاء المصري أنهما يقران بشرعية التصرفات التي يقوم بها الموظف الفعليُّ بناءً على أمر الإدارة دون أن يستتبع ذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لتعيينه في الوظيفة التي يقوم بها، وكذلك في حالة قيام

---

(1) مجموعة المبادئ القانونية لقسم الفتوى والتشريع، مجموعة السنة الثانية عشر، الفتوى رقم (173).

(2) محكمة القضاء الإداري، مجموعة السنة الثالثة، القضية رقم 1780 لسنة 2 ق، ص (177).

الإدارة بإصدار قرار التعيين دون أن يرتد أثره إلى تاريخ شغل الوظيفة، وذلك استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي.

3. موقف الفقه الفرنسي:

لم يختلف الموقف الفقهي الفرنسي عن الموقف الفقهي المصري، حيث أجمع الفقه الفرنسي على شرعية الأعمال التي يقوم الموظف الفعلي قبل تقرير توليه الوظيفة بعد موافقة الإدارة، أو بمجرد ترشيح الإدارة له، مع افتراض توافر حسن نية المتعامل مع الإدارة بمعنى تعذر علمه بعدم شرعية الموظف الفعلي(1)، فإن موافقة الإدارة على شغل أحد الأفراد للوظيفة دون صدور قرار التعيين بذلك، أو قيامها بترشيحه لشغل الوظيفة، قد يكون من شأنه خلق مظاهر كاذبة تدفع الأفراد إلى الاعتقاد بشرعية شغله للوظيفة.

كذلك يرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي أنه يمكن أن نجد تطبيقاً للموظف الفعلي الذي لا يتوافر له أي سند قانوني في الظروف الاستثنائية، حيث من المتفق عليه أنه يجوز للأفراد التدخل في إدارة المرافق العامة في الظروف الاستثنائية دون أي صفة ودون توافر أي سند لممارسة الوظيفة طالما حدثت تلك التصرفات في ظل الظروف الاستثنائية، وكانت الغاية منها المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

4. موقف القضاء الفرنسي:

كان نهجُ القضاء الإداريّ الفرنسي متطابقاً مع نظيره القضاء المصريّ، حيث اعترف مجلسُ الدولة الفرنسي بالتصرفات التي يقوم بها أحد الأفراد بناء على أمر الإدارة دون أن يتم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعيينه في الوظيفة التي يقوم بها، وكذلك

---

(1) Voir : G. JEZE, Les principes genereux du Droit Administratif , precite Op ,Cit , P . (315) .
P.WELL, Les consequences des annulations dun acte administratife pour acces de pouvoir, these, Paris, 1952,P. (212).
DE . LAUBADERE, Traite de droit administrative , sixeme edition, 1973, P,(288).

فـي الأحوال التي تقوم الإدارة بإصدار قرار التعيين دون أن يرتد أثره إلى تاريخ شغل الوظـيفة، وقـد أُتيح لمجلس الدولة الفرنسي فرصة تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في دعوى السيد(MARION) وتتلخص وقائعُ هذه الدعوى في قيام أعضاء المجلس البلدي لمدينة(STVALERY–sur- SOMME) بمغادرة المدينة على إثر غـزو الحلفـاء الألمان الحدود الفرنسية في شهر مايو سنة 1940 خوفاً من الوقوع في قبضـة الأعداء الذي ترتب عليه أن خلت المدينة من الموظفين المكلفين بإدارة المرافق العامة؛ ممّا أدى ذلك إلى قيام الأفراد العاديين بتكوين لجنة لرعاية مصالح ذلك الإقليم، وقامـت هـذه اللجـنة بالاسـتيلاء على بعض البضائع والأغذية لضمان سد حاجات المواطنيـن الضـرورية من مواد تموينية وغيرها من ضرورات الحياة، وكذلك إدارة المرافق العامة في هذه المدينة وتوليهم مختلف المهام التي كان يقوم بها أعضاء المجلس الـبلدي، تقدم على إثر ذلك السيد (MARION) وآخرون بالطعن في القرارات الصادرة من هذه اللجنة والخاصة بمصادرة البضائع والمواد التموينية تأسيساً على أن التصرفات التـي قامـت بهـا هـذه اللجـنة لا تسـتند إلـى أي أساس تشريعي في مباشرة تلك الاختصاصـات، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بشرعية التصرفات الصادرة من هذه اللجنة وتوافر الصفة الإدارية لها، إذ عُدت هذه اللجنة بمثابة سلطة فعلية لم يكن لها أي صفة إدارية ولم تسند إليها أعمال الوظيفة العامة بالأداة الشرعية اللازمة ولم يصدر بالنسـبة لأعضائها أي قرار بالتعيين من السلطة المختصة نظراً للظروف غير العادية التي تمر بها المدينة أثر الغزو(1).

وهكذا تنهى الدراسة المطلب الأول من المبحث الثاني، وتخلص إلى إجماع الفقه والقضاء المصري والفرنسي على شرعية الأعمال والتصرفات التي يقوم بها الموظف الفعلي سواء كان عدم صحة شغله للوظيفة يرجع إلى بطلان توليه للوظيفة، أو توقف

---

(1) C.E., 5 mars. 1948. Marion et autres, rec., P.(113); S .1948. III. 53, note J.p. Calon; R.D.P.1948; P .(270), note de GERVAIS .

سند شغل الوظيفة عن إحداث آثاره، أو عدم وجوده، طالما توافرت شروط نظرية الموظف الفعلي.

3. 2 آثار النظرية بالنسبة لمركز الموظف الفعلي

سبق وأن بيّنت الدراسةُ أن نظرية الموظّف الفعليّ هي نظرية قضائية ابتكرها مجلسُ الدولة الفرنسي لمواجهة الأوضاع الاستثنائية التي أحاطت بفرنسا، حيث كان من المتعذّر على القضاء الفرنسي تطبيقُ القواعد القانونية كما هي؛ لأنها سوف تؤدي إلى نتائج تتعارضُ مع الواقع الذي تمّر به فرنسا في تلك الفترة، ولهذا خرج القضاء الفرنسي على المنطق القانوني نزولاً على مقتضيات الواقع وقام بالاعتراف بالتصرفات الصادرة من الموظف الفعلي، علماً بأن المنطق القانوني يقضي بعدم الاعتراف بهذه التصرفات والأعمال.

وما دام أن القضاء قد اعترف بالتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي كما لو كانت صادرة عن موظف عام، فهل يمكن لنا القول بأن الموظف الفعلي يتمتع بالحقوق والواجبات نفسها التي يتمتع بها الموظف العام؟.

رُبّما يتبادر لأذهان البعض بأن المنطق القانوني يقتضي الاعتراف للموظف الفعلي بكافة الحقوق والواجباتِ الممنوحة للموظف العام، بما أن القضاء قد عدّ التصرفات الصادرة منه تصرفات صحيحة ومشروعه، وكأنها صادرة من موظف عام.

وللإجابة عن التساؤل السابق يرى جانب من الفقه[1]،أن التطبيق القانوني السليم للقواعـــد القانونـــية يقتضي عدم تمتعُ الموظف الفعلي بالمركز القانوني للموظف العام؛ لأنـــه يشغل الوظيفة دون توافر السند القانوني الصحيح، ويقتصر أثر هذه النظرية على تصـــحيح التصرفات الصادرة منه؛ حماية للغير حسن النية، وللحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

---

(1) د. مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق، ص(119) .

حول الأساس القانوني لحق الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في المطالبة بما تحمله من جراء قيامه بشغل الوظيفة.

حيث ذهب بعضاً من الفقه[1]، إلى أن نظرية الفضالة تمثل الأساس القانوني لحق الموظـــف الفعلي في التعويض، باعتبار أن تدخله كان ضرورياً لسير المرافق العامة، دون أن يكـــون علـــيه أي التزام بالقيام بهذا العمل، ويذهب هذا الجانب إلى أن شروط نظـــرية الفضـــالة مـــتوفرة في الموظف الفعلي، فهو تدخل في شأن عاجل وضروري لصالح الإدارة، بالإضافة إلى توافر نية القيام بما تصدى له لحساب الشخص العام دون أن يكون ملتزماً بذلك.

ويـــرى (HAURIOU) " أنه ليس من شأن النظام القانوني في الدولة الحديثة، ولا قواعد الاختصاص الإداري التعارض مع إعمال قواعد الفضالة، فمواجهة حقيقة الأمر الواقـــع خـــير مـــن الإفراط في التصور المخالف للحقيقة، ومن ثم فمن الواجب علينا الســـماح بـــتدخل الأفـــراد فـــي النشاط الإداري في أحوال عجز الإدارة عن مواجهة المتطلـــبات الاجتماعـــية العاجلـــة التي لا تحتمل التأخير" وأيد مجلس الدولة الفرنسي أصحاب هذا الرأي من خلال أحكامه[2].

وقد عارض القضاء الإداري المصري أصحاب هذا الرأي من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا إذ رفضت فكرة نظرية الفضالة في القانون العام وجاء بحكمها بأنه: "أن المشرع ينظر إلى من يقحم نفسه في أمور الوظيفة العامة نظرة ريبة وحذر، فلا يشجع المتفضل في أوضاع القانون العام كما يشجعه في علاقات الأفراد، إذ يفترض في الفضولي أنه يعمل في شؤون الغائب بلا إذن، والإدارة في شؤون وظائفها ليست غائبة ولا غافلة ولأن الوظائف ولاية عامة تكفلُ القانون بتحديد حقوق وشروط من

---

(1) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق، ص (528).

-HAURIOU . droit administratife , 7 eme . 'ed., 1911, P. (471).

(2) C-E . , 25 Mai , 1906 , Fabrique de Saint Michel , rec ., p . (469) .

C-E .,7 Mai , 1909 Sapor , rec ., p . (460) et s , conc . du Teissier

يتولى مقاليدها بقواعد منضبطة تقطع السبيل على من يقحمون أنفسهم في اختصاصاتها كما في حالتي: غصب السلطة والموظف الفعلي"[1].

فريق آخر من الفقه[2]، يرى أن الأساس القانوني لمطالبة الموظف الفعلي للإدارة بمقابل ما قام به من أعمال هو نظرية الإثراء بلا سبب، والواقع أنه إذا كان التمييز بين نظرية الفضالة ونظرية الإثراء بلا سبب، كأساس للتعويض في القانون الخاص أمر مهم لاختلاف الآثار المترتبة على كل منها، فإن التمييز بينهما في نطاق القانون الإداري قد أصبح اليوم في فرنسا غير ذي أثر، حيث اتحد كلا المفهومين في نظرية واحدة أصبحت تحتل مكاناً مهماً في القانون الإداري الفرنسي[3].

ب. الموظف الفعلي في الظروف العادية:

إن الاعتبارات القانونية ترفض حصول الموظف الفعلي على أي حقوق مالية جراء قيامه بشغل الوظيفة العامة في الظروف العادية، وذلك لعدم مشروعية شغله لها، ومع ذلك فإن اعتبارات العدالة والمصلحة العامة اقتضت التخفيف من غلواء التطبيق المجرد لأحكام القانون.

وقد اختلف الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لاحتفاظ الموظف الفعلي بما قبضه من مرتبات، ومدى حقه في مطالبة الإدارة بمقابل ما قام به من أعمال، إذا لم يكن قد قبض أي مستحقات مالية خلال شغله للوظيفة العامة، حيث ذهب فريق من الفقه إلى تلمس ذلك الأساس في فكرة "الأجر مقابل العمل" فريق آخر ذهب إلى "قواعد رد غير المستحق" فريق ثالث ذهب إلى اشتراط "الطابع الغذائي" فريق استند إلى فكرة"

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 يونيو سنة 1964 في القضية رقم 1713.

(2) د . محمد عبد الحميد أبو زيد: مرجع سابق، ص (207).

(3) - B – COULOUGNON La collaboration volontaire des administers et de ladministration, essai dune Theorie denemble,Paris.1965p . (109) .
- C — THERESINE, la nomination des agents publics en Droit Francais , these PARIS , 1981 ., P . (353) .

حول الأساس القانوني لحق الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في المطالبة بما تحمله من جراء قيامه بشغل الوظيفة.

حيث ذهب بعضاً من الفقه[1]، إلى أن نظرية الفضالة تمثل الأساس القانوني لحق الموظف الفعلي في التعويض، باعتبار أن تدخله كان ضرورياً لسير المرافق العامة، دون أن يكون عليه أي التزام بالقيام بهذا العمل، ويذهب هذا الجانب إلى أن شروط نظرية الفضالة متوفرة في الموظف الفعلي، فهو تدخل في شأن عاجل وضروري لصالح الإدارة، بالإضافة إلى توافر نية القيام بما تصدى له لحساب الشخص العام دون أن يكون ملتزماً بذلك.

ويرى (HAURIOU) "أنه ليس من شأن النظام القانوني في الدولة الحديثة، ولا قواعد الاختصاص الإداري التعارض مع إعمال قواعد الفضالة، فمواجهة حقيقة الأمر الواقع خير من الإفراط في التصور المخالف للحقيقة، ومن ثم فمن الواجب علينا السماح بتدخل الأفراد في النشاط الإداري في أحوال عجز الإدارة عن مواجهة المتطلبات الاجتماعية العاجلة التي لا تحتمل التأخير" وأيد مجلس الدولة الفرنسي أصحاب هذا الرأي من خلال أحكامه[2].

وقد عارض القضاء الإداري المصري أصحاب هذا الرأي من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا إذ رفضت فكرة نظرية الفضالة في القانون العام وجاء بحكمها بأنه: "أن المشرع ينظر إلى من يقحم نفسه في أمور الوظيفة العامة نظرة ريبة وحذر، فلا يشجع المتفضل في أوضاع القانون العام كما يشجعه في علاقات الأفراد، إذ يفترض في الفضولي أنه يعمل في شؤون الغائب بلا إذن، والإدارة في شؤون وظائفها ليست غائبة ولا غافلة ولأن الوظائف ولاية عامة تكفلُ القانون بتحديد حقوق وشروط من

---

(1) د . محمد حامد الجمل: مرجع سابق، ص (528).

-HAURIOU . droit administratife , 7 eme . 'ed., 1911, P. (471).

(2) C-E . , 25 Mai , 1906 , Fabrique de Saint Michel , rec ., p . (469) .

C-E .,7 Mai , 1909 Sapor , rec ., p . (460) et s , conc . du Teissier

يتولى مقاليدها بقواعد منضبطة تقطع السبيل على من يقحمون أنفسهم في اختصاصاتها كما في حالتي: غصب السلطة والموظف الفعلي"[1].

فريق آخر من الفقه[2]، يرى أن الأساس القانوني لمطالبة الموظف الفعلي للإدارة بمقابل ما قام به من أعمال هو نظرية الإثراء بلا سبب، والواقع أنه إذا كان التمييز بين نظرية الفضالة ونظرية الإثراء بلا سبب، كأساس للتعويض في القانون الخاص أمر مهم لاختلاف الآثار المترتبة على كل منها، فإن التمييز بينهما في نطاق القانون الإداري قد أصبح اليوم في فرنسا غير ذي أثر، حيث اتحد كلا المفهومين في نظرية واحدة أصبحت تحتل مكاناً مهماً في القانون الإداري الفرنسي[3].

ب. الموظف الفعلي في الظروف العادية:

إن الاعتبارات القانونية ترفض حصول الموظف الفعلي على أي حقوق مالية جراء قيامه بشغل الوظيفة العامة في الظروف العادية، وذلك لعدم مشروعية شغله لها، ومع ذلك فإن اعتبارات العدالة والمصلحة العامة اقتضت التخفيف من غلواء التطبيق المجرد لأحكام القانون.

وقد اختلف الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لاحتفاظ الموظف الفعلي بما قبضه من مرتبات، ومدى حقه في مطالبة الإدارة بمقابل ما قام به من أعمال، إذا لم يكن قد قبض أي مستحقات مالية خلال شغله للوظيفة العامة، حيث ذهب فريق من الفقه إلى تلمس ذلك الأساس في فكرة "الأجر مقابل العمل" فريق آخر ذهب إلى "قواعد رد غير المستحق" فريق ثالث ذهب إلى اشتراط "الطابع الغذائي" فريق استند إلى فكرة"

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 يونيو سنة 1964 في القضية رقم 1713.

(2) د . محمد عبد الحميد أبو زيد: مرجع سابق، ص (207).

(3) - B – COULOUGNON La collaboration volontaire des administers et de ladministration, essai dune Theorie denemble,Paris.1965p . (109) .
- C — THERESINE, la nomination des agents publics en Droit Francais , these PARIS , 1981 ., P . (353) .

الموظف للراتب، رغم عدم صحة فصله من الوظيفة وذلك لعدم قيامه بمهام الوظيفة، وهذا تأكيد وترسيخ لمبدأ، أو قاعدة الأجر مقابل العمل.

وقد نهج مجلس الدولة المصري[1]، من خلال العديد من الأحكام الصادرة عنه المنهج نفسه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي.

وقد ذهب قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري أيضاً إلى حق الموظف الفعلي في الأجر دون المرتب باعتباره مقابل العمل الذي أداه قبل اكتشاف عدم توافر المسوغات اللازمة لصحة التعيين حيث جاء بهذه الفتوى "ومن حيث إن المشرع قد حظر استخدام العامل وتسلمه العمل قبل تقديمه إحدى الشهادات المنصوص عليها في المادة64 من القانون رقم 505 لسنة 1955 كأجراء ضروري ارتآه للتحقق من مراعاة أحكام قانون الخدمة العسكرية ومن ثم لا يسوغ لأي من العامل أو الإدارة مخالفته بتسلم العمل قبل استيفاء إحدى الشهادات المذكورة، فإذا ما تم تسلم العمل بالمخالفة لذلك تجرد من كل أثر قانوني يرتبه بخصوص العلاقة الوظيفية، فلا تتولد عنه أية حقوق للعامل من مرتب وإجازات، ويكون العامل في هذه الحالة موظفاً فعلياً يتقاضى أجره مقابل العمل عن الأيام التي أدى فيها العمل بالفعل"[2].

---

(1) انظـر. حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 6 نوفمبر سنة 1983، القضية رقم 528 لسنة 24 ق.

أنظـر. مجموعـة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (1955-1965) مجموعـة أبـو شـادي، القضية رقم 722 لسنة 3 ق، قاعدة رقم 1566، ص (1635).

(2) إدارة الفـتوى لـوزارة المالية والاقتصاد، فتوى رقم 793 بتاريخ 29 ابريل سنة 1973، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة من القسم الاستشاري للفتوى والتشريع(1970-1973) ص (289).

2. فكرة رد غير المستحق

فريق آخر يرى بأن الأساس القانوني لاحتفاظ الموظف الفعلي بما قبضه من مرتبات، ومدى حقه في مطالبة الإدارة بمقابل ما قام به يأتي ضمن قاعدة رد غير المستحق، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي وذلك من خلال بعض أحكامه، حيث ذهبت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى حق الموظف الفعلي في الاحتفاظ بالمرتبات التي قبضها قبل بطلان سند شغل الوظيفة، باعتبار أن ذلك أمر يتفق والمبادئ الخاصة برد غير المستحق[1]، فإذا كان هذا موقف القضاء فكيف كان موقف الفقه؟.

يرى بعضاً من الفقه الفرنسي[2]، بأنه لا مجال لتطبيق قواعد رد غير المستحق خاصة في أحوال شغل الوظيفة بناء على قرار باطل، فالمبالغ التي حصل عليها الموظف قبل البطلان هي مبالغ مستحقة، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على شرعية شغل الموظف للوظيفة ما لم يحكم بعد ببطلان شغلها[3]، وأن تطبيق ذلك المبدأ يقتضي الاعتراف بحق الموظف فيما حصل عليه من مرتب قبل إلغاء التعيين، فالأمر يتعلق بما هو مستحق، وليس بما هو غير مستحق.

والبعض الآخر من الفقه الفرنسي[4]، يرى أنه من حق الموظف الاحتفاظ بما تسلمه من مرتبات سواء كان ذلك قبل بطلان التعيين أو بعده ولكن بشرط ضرورة توافر خطأ جسيم من جانب الإدارة.

---

(1) - C . E ., 1 juil , 1904 NIVAGGIONI , S 1904 .3 . 121 , note HAURIOU .

(2) - C - THERSINE , la nomination des agents publics en Droit Francais. Op.Cit , p . (355) .

(3) - C . E., 2 nov . 1923 , Association des fonctionaires de I 'administration centrale des postes et telegraphes, rec., p . (699) .

(4) - L – RICHER , Recherches sur la faut dans lecontentieux administrative de la responsabilite, These paris, 1976, p. (362) .

أما موقف القضاء الإداري المصري، فقد اتفق مجلس الدولة المصري مع نظيره مجلس الدولة الفرنسي حول حق الإدارة في استرداد المبالغ التي تدفعها دون حق، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في13 يونيو سنة1982"بحق الإدارة في استرداد المرتبات التي تبين عدم أحقية الموظف فيها دون فوائد تلك المبالغ إذا تأخر الموظف في ردها"[1].

3. **فكرة توفر الطابع الغذائي:**

يرى أصحاب هذا الرأي[2]، أن الموظف الذي توقف سند شغله للوظيفة عن إحداث آثاره، لكنه يستمر في شغله للوظيفة، وفي هذه الحالة لا يستحق أي مقابل، وإذا قبض مرتب الوظيفة فيجب إعادته إلى الإدارة[3]، إلا إذا توافر الطابع الغذائي للمبالغ التي تسلمها؛ أي أن ما تسلمه من مبالغ قد قام بصرفها على متطلبات الحياة اليومية، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي باستحقاق أحد الأساتذة العاملين بجامعة (RENNES) للمبالغ التي قبضها[4].

ونرى أن هذه الفكرة لا تصلح أساسا قانونياً؛ لأنها ذات طابع شخصي، حيث قد يتوافر الطابع الغذائي للمبالغ التي تسلمها الموظف وقد لا تتوافر؛ لأنها تختلف من شخص إلى آخر.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 13 يونيو سنة 1982 في القضية رقم 1610 لسنة 26 ق.

(2) - E – JOUVE , recherches sur la notion d'apparence en droit administrative francais, precite , Op.Cit . p . (305) .

(3) - C . E ., 31 oct . 1947 , HENNIQUAU , rec ., p . (398) .

(4) - C . E ., 24 fev . 1912 , VIGNERT, rec ., p. (257) .

4. فكرة التقادم:

يـرى أصـحاب هذه الأساس[1]، أن من حق الموظف الذي يلغي قرار تعيينه في الاحتفاظ بما تسلمه من مرتبات قبل البطلان. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة (2277) مـن القـانون المدني الفرنسي التي تنص على أن يتقادم بخمس سنوات كل ما يتعين دفعه سنوياً أو على فترات دورية أقل من ذلك، ومن ثم فإن تطبيق هذه المادة من شـأنه أن يُتـيح للموظف الذي يُلغي قرار تعيينه الاحتفاظ بما تسلمه من مرتبات طالما مضى عليها أكثر من خمس سنوات، وتبدأ هذه الفترة من تاريخ قبضه لتلك المبالغ، وقد أيـد مجلـس الدولـة الفرنسـي أصـحاب هـذا الـرأي من خلال حكمه في قضية (LEVASSEUR) حيث قضى بوجوب قيام الموظف برد المبالغ التي حصل عليها دون حق طالما لم يمض عليها أكثر من خمس سنوات من تاريخ قبضها[2].

ونرى أن فكرة التقادم لا تفيد في تحقيق الغرض المقصود منها، خاصة وأن مدة التقادم لا تسري من تاريخ قبض المبالغ المالية، وإنما من تاريخ الحكم الصادر بإلغاء التعيين، فلا يجوز أن يبدأ سريان التقادم قبل صدور حكم ببطلان شغل الوظيفة حيث لا ينشأ حق الإدارة في الاسترداد إلا من تاريخ الحكم ببطلان شغل الوظيفة.

5. فكرة الإثراء بلا سبب:

ذهـب أصحاب هذا الرأي[3]، إلى أن أساس استحقاق الموظف الفعلي مقابلاً لما قـام بـه مـن أعمال هو نظرية الإثراء بلا سبب، حيث استفادت الإدارة من الأعمال والتصـرفات التـي قام بها الموظف الفعلي أثناء قيامه بمهام هذه الوظيفة، وبالتالي لا يجوز لها استرداد ما قدمته من مبالغ مالية نتيجة قيامه بهذا العمل، أو عدم قيامها بدفع

---

(1) - J – SPACH, Les suits de Iannulation d'une nomination,J D une promotion , revocation ou mise a' la retraite', Op.Cit, p. (94) .

(2) - C . E ., 25 avr . 1927 , LEVASSEUR , rec., p . (600) .

(3) – C . THERSINE , la nomination des agents publics en Droit Francais , Op.Cit , p . (350) .
= -G . JEZE , Les principes genereux du Droit Administratif , precite , Op.Cit . p. (386) .

أجـــر مقابل ما قام به من عمل، وقد أيد جانب من الفقه المصري[1]، هذا الرأي باعتبار أن الموظـــف الفعلي قد قام بعمل الوظيفة التي كان يشغلها، واستفادت الإدارة من جراء قـــيامه بتلك الأعمال، ولو أن الموظف الفعلي لم يقم بشغل هذه الوظيفة، فمن المؤكد أن الإدارة ستقوم بتعيين شخصاً آخر وتقوم بدفع المستحقات المالية التي يستحقها نظير ما يقـــوم به من عمل وهي الأعمال نفسها التي يقوم بها الموظف الفعلي. وقد أيد القضاء الإداري المصـــــري أصـــحاب هـــذا الرأي من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا حيث أقرت حق من تسلم العمل بناء على ترشيح الإدارة فيما حصل عليه باعتباره مقابلا لما أداه من أعمال، رغم رفض الإدارة تعيينه بعد ذلك استناداً إلى قواعد الإثراء بلا سبب، فقـــد جاء بحكمها أنه:" إذا كان المدعي قد رشح من جانب لجنة التعليم الإلزامي لوظيفة كاتـــب بها، إلا أنه لم يتم تعيينه في هذه الوظيفة بالأداة القانونية ممن يملك التعيين، بعد إذ رفضت وزارة المعارف الموافقة على هذا الترشيح، فإنه بهذه الحالة لا يمكن اعتباره قانونـــاً موظفـــاً معيناً في خدمة الحكومة، ولو كان قد تسلم العمل فعلا، في الفترة التي انقضـــت بين الترشيح ورفض التعيين، حتى ولو كان قد تقاضى بالفعل مقابلا من عمله خلالهـــا، مادام لم ينشأ في حقه المركز القانوني كموظف، وهو لا ينشأ إلا بأداة التعيين ممـــن يملكها، ولا يكون الأساس القانوني لما عساه يستحقه من مقابل لما أداه فعلا من عمـــل راجعـــاً إلـــى انعقاد رابطة التوظيف قانوناً، وإنما إلى أساس قانوني آخر غير ذلك"[2].

نرى ومن خلال هذا الحكم أن المحكمة قد قصدت بذلك أساس فكرة الإثراء بلا سبب، وهو الأساس الصحيح لاستحقاق الموظف الفعلي تعويضاً عن الأعمال التي يقوم

(1) د . رمزي الشاعر: مرجع سابق. ص (333).
د . محمد عبد الحميد أبو زيد: مرجع سابق، ص (206).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في30 نوفمبر سنة 1957و مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في عشر سنوات من سنة 1955-1965 "مجموعة أبو شادي" القضية رق 1780 لسنة 2 ق،القاعـــدة رقم 661ص (690).

1. شغل الوظيفة بناء على قرار باطل لم يتقرر إلغاؤه

من المتعارف عليه فقهاً وقضاءً أن القرار غير الصحيح الصادر بتعيين أحد الأشخاص في الوظيفة العامة يتحصن بمرور مدة الطعن، ومن ثم لا يجوز سحبه أو إلغاؤه، حيث أصبح من يشغل الوظيفة بناءً على ذلك القرار موظفاً عاماً وليس موظفاً فعلياً، ولهذا يتمتع بكامل حقوق الوظيفة العامة ومنها راتب التقاعد في نهاية الخدمة(1).

2. شغل الوظيفة بناءً على قرار باطل تقرر إلغاؤه. أو قرار معدوم.

وتتمثل هذه الحالة في شغل الموظف للوظيفة بناءً على قرار باطل، وتقوم الإدارة بسحب هذا القرار أو إلغائه، وفي هذه الحالة يمكن اعتباره موظفاً فعلياً في الفترة التي باشر فيها مهام الوظيفة العامة. وقد يباشر الموظف مهام وظيفته بقرار معدوم، وفي هذه الحالة يكون شغل الموظف للوظيفة عملا غير مشروع مهما مر عليه من الزمن، ويمكن اعتبار ذلك الشخص موظفاً فعلياً إذا توافرت الشروط اللازمة لإعمال نظرية الموظف الفعلي.

أمـــا موقف الفقه حول مدى حق الموظف الفعلي في المعاش، فقد انقسم الفقه في فرنســا حــول ذلــك، حيث يرى بعضاً من الفقه الفرنسي(2)،أن مجلس الدولة الفرنسي يقتضي شغل الوظيفة بطريقة مشروعة حتى يحق للموظف الحصول على المعاش، أما إذا مـــارس الموظف وظيفته بناء على تعيين باطل أو معدوم فإنه لا يستحق معاشاً عن هــذه المـــدة، ولا تدخل هذه المدة في حساب التقاعد إذا شغل الوظيفة بعد ذلك بطريقة صـــحيحة، وبالتالـــي يرى أصحاب هذا الرأي أن الموظف الفعلي الذي شغل الوظيفة

---

(1) - C.E., 20 nov . 1895 , Dame Faves , rec,. p . (742) .

مشار إليه د. مجدي عز الدين يوسف، مرجع سابق، ص228.

- C.E., 8 mars 1912 , FONTANILLES , rec., p . (346) .

(2) – G – JEZE , Les principes genereux du Droit Administratif , precite , Op.Cit, p . (127) .

- B – COULOUGNON, COULOUGNON La collaboration volontaire des administers et de ladministration, essai dune Theorie denemble , Op.Cit, p .(110) .

بموجب قرار تعيين غير صحيح لا يستحق الحصول على أي راتب تقاعدي خلال المدة التي مارس فيها مهام الوظيفة العامة.

والـــبعض الآخر يذهب[1]، إلى أن العبرة باستحقاق الراتب التقاعدي أو المعاش هو الممارسة الفعلية للوظيفة العامة، فإن الموظف الفعلي يستحق الحصول على الراتب الـــتقاعدي باعتـــبار أنه قام بممارسة مهام الوظيفة، ولا فرق في هذا الصدد بين إلغاء التعيين الباطل أو عدم إلغائه، وسواء استمر التعيين دون إلغاء أو تم إلغاؤه، وسواء ظل الموظف يتمتع بالصفة القانونية أو تحول إلى موظف فعلي فإنه من الثابت أنه قد مارس الوظيفة من الناحية الفعلية بناء على ذلك التعيين الباطل، وبالتالي فإنه يستحق الحصول علـــى المعاش، ولا فرق بين إلغاء التعيين أو عدم إلغائه، وبعبارة أخرى إذا كان الحق فـــي المعـــاش يســـتند إلى الممارسة الفعلية للوظيفة فان هذا الحق يجب الاعتراف به للموظف الفعلي؛ لأن إلغاء تعيينه لا يمنع من قيامه فعلا بممارسة أعمال الوظيفة.

وقريب من هذا الرأي ذهبت الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري في فتوى تـــتلخص وقائعها في أن مدير جامعة عين شمس أصدر قراراً بتكليف بعض المهندسين بـــالعمل فـــي الجامعة، ثم صدر قرار بتعيينهم على درجات، وقد ثارت الشكوك حول سلامة قرار التكليف وجواز ضم مدة الخدمة السابقة منذ مباشرة المهندسين لعملهم حتى تـــاريخ تعيينهم، وقررت الجمعية العمومية في هذا الصدد أنه يفرض عدم اعتبار قرار الســـيد مدير جامعة عين شمس بمثابة أمر تكليف للمهندسين المذكورين، وبالتالي عدم اعتبار المدة بين صدوره وصدور قرار تعيين هؤلاء المهندسين في وظائف معيدين مدة تكلـــيف بما يترتب على ذلك من عدم حساب تلك المدة في أقدميتهم بهذا الوصف– أي باعتـــبارها مدة تكليف –إلا أن ذلك لا يحول دون تطبيق أحكام القرار الجمهوري رقم

---

(1) – T- ROUSSEAU. , Op.Cit, p. (159), "puisque le fondement du droit a pension est constitue par les services rendus, ce droit doit etre reconnu au fonctionnaire de fait puisque l' annulation de la sesignayion don't il a ete L'olyet ne pent pas empecher que les services don't il est l 'auteur a ient ete accomplish ".
- R. CHAPUS , droit du contentieux administrstif, 1982, p .(454).

159 لسـنة 1958 في هذه الحالة، وحساب مدة العمل السابقة على صدور قرار تعيين المعيديـن المذكوريـن- اعتبارا من تاريخ استلامهم العمل- في تحديد أقدميتهم وذلك باعتبارها مدة عمل فعلية[1].

ونرى وفي ختام بحث حقوق الموظف الفعلي، أن الموظف الفعلي وفي صوره المختلفة لا يستحق منحه راتب تقاعدي (معاش)، باعتبار أن الراتب التقاعدي يمثل أحد الحقوق المرتبطة بالوظيفة العامة التي تقتضي توافر الرابطة الوظيفية بناء على قرار صحيح بالتعيين ممن يملك تلك السلطة، فإذا كان ذلك القرار باطلا أو انتهى أثره، فلا ينشيء للموظف أي حق في الراتب التقاعدي.

كذلك فأن مدة شغله للوظيفة باعتباره موظفاً فعلياً لا تدخل في حساب مدة الخدمة التي مارس خلالها الوظيفة بصفة قانونية، مادام لم ينشأ في حقه المركز القانوني للموظف. وسوف ننتقل إلى بحث الالتزامات الوظيفية للموظف الفعلي، أو الواجبات الوظيفية.

ثانياً: التزامات الموظف الفعلي أثناء شغله للوظيفة العامة

وكما أوضحت الدراسة مسبقاً أن للموظف حقوقاً وواجبات تجاه الوظيفة، وبعد أن انتهينا من دراسة حقوق الموظف الفعلي، فلا بد من البحث في أهم الالتزامات الملقاة على الموظف الفعلي، وبما أنه يقوم بممارسة الوظيفة نفسها التي يشغلها الموظف العام، فهل يعني ذلك خضوعه للواجبات المفروضة عليه نفسها؟.

انقسم الفقه في إجابته عن التساؤل السابق إلى ثلاثة مذاهب وهي على النحو الآتي:

---

(1) فـتوى الجمعـية العمومية للقسم الاستشاري في 25 فبراير سنة 1962و مجموعة السنتين 17,16 رقم 149.

المذهب الأول:

يرى أصحاب هذا المذهب[1]، أن الموظف الفعلي يخضع لكافة الالتزامات والواجبات التي تقتضيها الوظيفة العامة، وجانب منه لم يشر إلى ذلك صراحة وإنما اكتفى بالإشارة إلى خضوع الموظف الفعلي للتأديب إذا ارتكب ما من شأنه أن يخل بمقتضيات الوظيفة العامة[2]، حيث من الطبيعي أن خضوع الموظف الفعلي للتأديب يعني التزامه بمختلف واجبات الوظيفة[3]، ولا يعقل أن يخضع الموظف للتأديب دون أن يكون مكلفاً باحترام القيود والواجبات المفروضة على الوظيفة.

كما أيد بعضاً من الفقه المصري[4]، أصحاب هذا المذهب باعتبار أن الموظف الفعلي قد قام بشغل اختصاصات الوظيفة العامة؛ مما يعني ذلك ضرورة التزامه في ممارسة تلك الاختصاصات بالالتزامات التي تفرضها القوانين والأنظمة إضافة إلى ذلك فإن القضاء الإداري يعترف بالتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي، فمن التناقض أن نقرر رغم ذلك تحرر الموظف الفعلي من القيود المفروضة على الوظيفة العامة، كذلك فإن الموظف الفعلي يخضع لأحكام التأديب، وهو ما يعني التزامه بالقيود والواجبات التي تفرضها مختلف القوانين والأنظمة المنظمة للوظيفة العامة.

---

(1) - B – COULOUSNON, COULOUGNON La collaboration volontaire des administers et de ladministration, essai dune Theorie denemble , Op.Cit. p. (106) .

(2) – B – GENY, essai d'une Theorie generale de la collaboration des administer avec L'administration en dehores de leur rapport contractuels , These NANCY , 1930, p . (155) et s .

(3) أنظر: الفصل العاشر من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم(55) لسنة 2002، المادة (65).

(4) د . سليمان الطماوى: القضاء الإداري " قضاء التأديب، الكتاب الثاني"طبعة 1979، ص (76).

د . عبد المنعم عبد العظيم جيره: آثار حكم الإلغاء "دراسة مقارنه " رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، طبعة سنة 1971، ص (484).

المذهب الثاني:

يرى أصحاب هذا المذهب[1]، أن الموظف الفعلي لا يخضع لواجبات الوظيفة العامة، ويستندون إلى أن هذا الموظف لا يتمتع بصفة الموظف العام، ولا يشغل المركز القانوني الذي يشغله؛ أي أنه لم يشغل الوظيفة بالأداة الصحيحة التي حددها القانون، وبالتالي لم ينشأ في حقه المركز القانوني للموظف العام، إذ لا يجوز مطالبته بالالتزامات التي تفرضها الوظيفة العامة، والتي لا يخضع لها سوى من توافرت له صفة الموظف العام، كذلك يرى أصحاب هذا المذهب أن الواجبات المختلفة للوظيفة تجد مقابلا لها في المزايا التي تخولها الوظيفة العامة للموظف العام، ولما كان الموظف الفعلي لا يتمتع بتلك المزايا، فلا يجوز أن نلزمه بواجبات الوظيفة العامة.

المذهب الثالث:

وإزاء التعارض الشديد بين المذهب الأول والثاني، ذهب أصحاب هذا المذهب[2]، إلى مسلك وسط يتمثل في أن الموظف الفعلي يجب أن يراعي القواعد التي تحكم الوظيفة العامة التي يشغلها، ولكنه مع ذلك لا يخضع لمختلف التزامات الموظف العام، لكنه يخضع لقدر منها فقط وذلك لأن الموظف الفعلي لا يشغل المركز القانوني الذي يشغله الموظف العام، ولا يتمتع بصفته الوظيفية القانونية.

وتؤيد الدراسة أصحاب المذهب الأول، حيث ترى ضرورة إخضاع الموظف الفعلي لواجبات الوظيفة والقيود المفروضة عليها؛ لأن هذه الواجبات تستهدف المصلحة

---

(1) - M . WALINE , précis de Droit Administratif , Op.Cit. p .(124) .
-J . SPACH, Les suits de Iannulation d'une nomination,J D une promotion , revocation ou mise a' la retraite' , Op.Cit, p . (39) .
د . محمد حسنين عبدالعال: الوظيفة العامة، دار النهضة 1974،ص (37).
د . علي جمعه محارب: رسالة دكتوراه. التأديب في الوظيفة العامة، دراسة مقارنه، ص(78).

(2) - A- PLANTEY، Traite pratique de function publique, 3 eme ed., T. 1, 1971, p (79et80).
- E . JOUVE , recherches sur la notion d'apparence en droit administrative francais, precite Op.Cit.p. (303) .

العامـــة، فمـــثلا واجب إطاعة واحترام رؤسائه، أو عدم استغلال نفوذ الوظيفة لتحقيق أهــداف أو مصالح خاصة، أو منع الموظف من إفشاء أسرار الوظيفة حتى بعد انتهاء خدمـــة الوظـــيفة، وغـــيرها من الواجبات السلبية والإيجابية، كلها تهدف إلى المصلحة العامة ومصلحة الوظيفة أيضا، وكل هذه الواجبات المفروضة على الموظف هي بمثابة خطـــوط حمـــراء لا يجوز له تجاوزها أثناء ممارسته لمهام الوظيفة. وبعد أن عرضنا موقف الفقه فما هو موقف القضاء من هذه الالتزامات؟

إن موقـــف القضـــاء يشـــوبه اللبس والغموض من هذه الالتزامات، خاصة وأن الأحكـــام الصادرة بهذا الخصوص نادرة، فقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى عدم خضـــوع الموظـــف الفعلـــي لأحكام الوظيفة العامة، ويستشف من ذلك عدم التزام هذا الموظـــف بقـــيود وواجبات هذه الوظيفة، فقد جاء بحكمها الصادر في 29 نوفمبر سنة 1964 أن" نظـــرية الموظف الفعلي كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة لا تقوم إلا في الظـــروف الاســـتثنائية.... ونتيجة لذلك لا يحق لهم "الموظفون الفعليون" طلب تطبيق أحكـــام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياها؛ لأنهم لم يخضعوا لأحكامها ولم يعينوا وفقاً لأصول التعيين فيها"[1].

كذلك فإن محكمة القضاء الإداري قد ذهبت إلى عدم تمتع الموظف الفعلي بمزايا وحقوق الوظيفة العامة، ولكنها لم تشر إلى عدم خضوع الموظف الفعلي لواجباتها[2]، بل إن أحد أحكام هذه المحكمة قد ذهب صراحة إلى إخضاع الموظف الفعلي لمختلف قيود وواجبات الوظيفة العامة، فقد جاء بذلك الحكم بأنه:"....علاقة المدعى بالحكومة في المدة الجديدة تكون قائمة على خدمة من نوع خاص، أو كما يسميها بعض الفقهاء خدمة واقعية وليست قانونية، وهو عندئذٍ يتقاضى عنها راتبه المقرر له، ويلتزم فيها

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 يونيو سنة 1964.

(2) حكـــم محكمـــة القضـــاء الإداري في 6 يناير سنة 1965، مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة في خمس سنوات، القضية رقم 836 لسنة 15 ق، ص (465).

بمستلزمات الوظيفة وواجباتها، ولكنها لا تضم له في المعاش ولا يفيد منها بالحقوق والمزايا التي خولها القانون للموظفين من ترقية أو منح علاوة"[1].

3. 2. 2 المسؤولية الجزائية

لقــد تعــددت النصوص القانونية التي ترمي إلى حماية الوظيفة العامة من كل اعــتداء يقع عليها، سواء كان ذلك من الموظف نفسه، أو من الغير، حيث كانت وسيلة المشــرع فــي ذلك إسباغ الحماية الجزائية على كل من يقوم بممارسة الوظيفة العامة، على اعتبار أن الاعتداء على الموظف أثناء ممارسته لمهام وظيفته أو بسببها، من شأنه الأضــرار بالوظــيفة العامة، ولم يكتفِ المشرع الجزائي بهذا القدر، بل توسع في ذلك حيث لم يقصر هذه الحماية على التصرفات المشروعة، ولكنه أطلقها سواء تعلق الأمر بتصــرفات مشروعة أو غير مشروعة، مع وضع ضوابط معينه. وهنا لابد من طرح التساؤل التالي وهو: هل يستفيد الموظف الفعلي من هذه الحماية مثل الموظف العام؟

أولاً: مسؤولية الموظف الفعلي عن الجرائم المرتكبة من قبله أثناء ممارسته لعمله

تقــوم فكرة الموظف العام في القانون الإداري على اعتبارات معينة، تختلف عن تلــك التــي تســتند إلها في مجال القانون الجزائي، ذلك أن فكرة الموظف في القانون الإداري تقــوم على نظرة عضوية تركز اهتمامها على الوضع القانوني للموظف العام في داخل الجهاز الإداري[2]، وتهدف إلى بيان ماهية هذا الموظف والعلاقة القانونية التي تــربطه بجهــة الإدارة، وما يترتب على تلك العلاقة من حقوق وواجبات، باعتبار أن الموظــف العام هو أحد الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة في تحقيق أهدافها، في كفالة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، في حين نجد أن القانون الجزائي باعتباره يهدف إلــى الحفــاظ على الكيان الاجتماعي والسياسي، والاقتصادي للدولة، وصيانة المبادئ

---

(1) حكــم محكمة القضاء الإداري في 01 أبريل سنة 1958، مجموعة السنتين13,12 القضية رقم 1221 لسنة 01 ق ص (92).

(2) د. مــراد رشــدي: الــنظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1976 ص (442).

الأساسية للهيئة الاجتماعية، لا يهتم بهذه الاعتبارات، ولا يعرض لتلك العلاقات، بل يهدف من وراء نصوصه المتعلقة بالموظف العام إلى حماية نزاهة الوظيفة العامة وكفالة الثقة التي يجب أن تتوافر لدى الأفراد، في عدالة الدولة وحيادها وشرعية أعمالها، وذلك بكفالة ثقة جمهور الناس في الوظيفة العامة، والشخص الذي يمارسها، وذلك كله بهدف حماية المصلحة العامة للمجتمع؛ لهذا نجد مختلف التشريعات الجزائية قد تدخلت في مجال الوظيفة العامة، من خلال النصوص الجزائية لحماية الوظيفة العامة ونشاط الدولة عموماً من الإضرار بها من قبل القائمين بها، فمثلاً نجد المشرع الجزائي يهدف في جريمة الرشوة إلى حماية نزاهة الوظيفة العامة وتوفير الثقة والأمانة فيمن يتولاها، باعتباره يمثل الدولة وما يجب أن يكون عليه من حياد وشرعية في أعمالها؛ لضمان حسن سير العمل، أن يبغي الموظف من عمله الصالح العام، وليس البواعث أو المصالح الشخصية[1]،وفي جرائم الأموال العامة يهدف المشرع إلى حماية أموال جهة الإدارة حتى يتسنى لها القيام بدورها في تنفيذ خطة الدولة الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي فالمصلحة محل الحماية هنا ليست لها صفة مالية بحته، كما لا تقتصر على الوجهة الإدارية فقط، بل إن لها مضموناً أدبياً وسياسياً أيضا، ذلك أن الأمانة في مباشرة الوظائف العامة، هو دليل على التقدم والرقي الأدبي والسياسي والثقافي لأي مجتمع، لهذا فإن الغاية التي يهدف إليها المشرع الجزائي من نصوصه الجزائية المتعددة، تختلف عن تلك التي يهدف إليها المشرع في المجال الإداري، حتى وإن تعلقت هذه النصوص في الحالتين بأفعال أو موضوعات مشتركة.

ويتبين لنا ذلك من خلال استقراء النصوص الجزائية في قانون العقوبات، والمتعلقة بالموظف العام، حيث نجد أن المشرع الجزائي قد توسع في تحديد مدلوله في بعض الجرائم مثل الرشوة، واختلاس الأموال العامة، أو الإخلال بالثقة، والأمانة الواجبة في مجال الوظيفة العامة، والتزوير في الأوراق التي يقومون بتحريرها، دون

---

(1) د . مأمون محمد سلامه: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية،1981، ص (142).

أن يقف عند المفهوم الضيق لفقهاء القانون الإداري المحدد لمصطلح الموظف العام[1]، وهذا ما جعل المشرع الجزائي يتوسع في مفهوم الموظف العام؛ لأن التمسك بالمفهوم الضيق للموظف العام، كما هو مقرر في القانون الإداري يؤدي إلى نتائج غريبة تتنافى مع العدالة والمنطق، وتتناقض مع الغاية التي يهدف إليها التشريع الجزائي، إذ إن مقتضى التقيد بهذا المفهوم الضيق يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام جريمة الرشوة مثلاً، على الموظف الفعلي، حتى مع ثبوت طلبه أو أخذه عطية مقابل الإخلال بواجبات الوظيفة العامة التي يمارسها، وهو ما يؤدي إلى إفلات المجرم من العقاب، لا لشيء، إلا لكون المفهوم الضيق للموظف العام لا ينطبق عليه، وهو ما يتنافى مع قصد المشرع الجزائي، والحماية التي ينبغي توفيرها للمصالح المختلفة التي يعنى بها[2]، وسنقوم باستعراض موقف التشريعات الجزائية في كل من الأردن ومصر وفرنسا من مدى مسؤولية الموظف الفعلي عن الجرائم المرتكبة من قبله أثناء ممارسته لعمله، فهل تم التعامل معه كما لو كان موظفاً عاماً ؟ وهذا ما سوف نتعرف عليه من خلال موقف هذه التشريعات.

أ. موقف المشرع الأردني:

عرّف قانون العقوبات الأردني الموظف العام في المادة (169)[3]: "يُعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي وكل ضـــابط مـــن ضباط السلطة المدنية، أو العسكرية؛ أو فرد من أفرادها، وكل عامل، أو مســـتخدم فـــي الدولة، أو في إدارة عامة". فقد انزل المشرّع أفراد بعض الفئات منزلة الموظـــف العـــام كمن يندب إلى خدمة عامة بالانتخاب أو بالتعيين، وكل شخص كلف

(1) د . مـــأمون محمد سلامه: جرائم الموظفين ضد الإدارة، مجلة القانون والاقتصاد. العدد11 ص(156).

(2) د . محمـــود نجيـــب حســـني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1972، ص(24).

(3) وتقابلها المواد (110,119) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937) .

بمهمـــة رسمية، كالمحكم والخبير والسنديك[1]، والمحامين[2]، وساوى بينهم في العقوبة فـــي جرائم معينة مثل: الرشوة، ونجد أن المشرع الجزائي قد توسع في دلالة الموظف العام عن طريق إضافة فئات جديدة لم تكن مشمولة في نظام الخدمة المدنية.

ولعـــل السبب في ذلك يكمن في رغبة المشرّع في حماية نزاهة الوظيفة العامة، وكفالـــة الـــثقة التـــي تتوافر لدى الأفراد[3]، في شخص الموظف العام، وحماية الكيان الاجتماعـــي والسياســـي والاقتصادي للدولة بالإضافة إلى ضمان سير أعمال المرافق والمصالح العامة جميعاً[4].

وبذلـــك يكـــون المشرّع الجزائي الأردني قد توسع كثيراً في مدلول الموظف العام عمـــا هـــو فـــي نظام الخدمة المدنية الأردني، وذلك في الجرائم التي تقع على الإدارة العامـــة، والجـــرائم المخلـــة بواجبات الوظيفة العامة، حيث أسبغ هذه الصفة على كل شخص يعمل في أي مصلحة من مصالح الدولة، وكان هدفه من ذلك هو حماية الوظيفة العامـــة، والمـــرافق العامة، وضمان سيرها بانتظام واضطراد بما يحقق الصالح العام، إضافة إلى أهمية وخطورة الأعمال الملقاة على عاتق الموظفين العموميين.

وبمـــا أن المشرع الجزائي الأردني قد أخذ بالمفهوم الواسع للموظف العام فهذا دلـــيل علـــى ضم الموظف الفعلي إلى طائفة الموظفين العموميين، وبالتالي فإنه يكون مســـؤولاً عن الجرائم التي يرتكبها أثناء ممارسته لعمله، فيطبق عليه قانون العقوبات، كأنه موظفا عامّ.

---

(1) أنظر المادة (171) من قانون العقوبات الأردني رقم ((16) لسنة (1960) .

(2) أنظر المادة (2/171) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960) .

(3) د. أحمد خلف الله : الموظف العام في قانون العقوبات مرجع سابق ،ص (245).

(4) د . نواف كنعان: القانون الإداري الأردني الكتاب الثاني، طبعة2، عمان 1995، ص (30)

ب. موقف المشرع المصري

نرى ومن خلال استقراء نصوص قانون العقوبات المصري[1]، نجد أن المشرع الجنائـــي المصري لم يضع تعريفاً للموظف العام، ولم يأخذ بمفهوم واحد له في مجال الــتجريم، بــل تعـــددت مفاهيمه بحسب المصلحة التي يُريد المشرع حمايتها، فهو في موضع نجده يأخذ بالمفهوم الضيق للموظف العام[2].

---

(1) قـــانون رقم 58 لسنة1937 الصادر في 31يوليو ، والمنشور في الوقائع المصرية العدد71 الصادر في 5 أغسطس 1937م ، والقوانين المعدلة له .

(2) تـــنص المـــادة (63) من قانون العقوبات المصرٰي على أنه" (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية ...").

كذلك نص المادة (82ج) حيث تنص في فقرتها الأخيرة على أن (...فإذا وقع ذلك في زمن الحرب أو من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ضوعفت العقوبة).

كذلـــك نـــص المادة(120) التي تنص كل موظف توسط لدى قاض، أو محكمة لصالح أحد الخصوم ...).

كذلـــك نـــص المادة(122) التي تنص(يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة ...).

كذلـــك نـــص المـــادة(124)معدله والتي تنص(إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو في صورة استقالة...) .

وكذلـــك نـــص المـــادة (125)والتـــي تـــنص(كل من سعى من أرباب الوظائف العمومية وغيرهم...).

ونص المادة (126) والتي تنص (كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم ...).

أنظـــر للمواد (127، 128، 129، 130، 132,133 136,135,154) من قانون العقوبات المصري.

كذلك أنظر للمواد(220,213,212,211) من قانون العقوبات المصري.

وفي مواضع أخرى نجده يتوسع في هذا المفهوم[1]، ثم نجده قد توسع أكثر في موضع ثالث[2].

ولا بد من الإشارة هنا أن المشرع الجنائي المصري لم يحدد تعريفا عاما ومجرداً للموظف العام، يمكن تطبيقه في المسائل الجنائية، إلا أنه يمكن أن نلمس من خلال النصوص الجنائية الواردة به- سيما نصوص الرشوة واختلاس الأموال العامة والجرائم الملحقة بها -فإنه يأخذ بالتعريف الإداري للموظف العام، وهو المعنى الضيق، وهم جميع العاملين بالسلطات المركزية أو اللامركزية - سواء كانت وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة- واكتساب العاملين في الجهات المذكورة لصفة الموظف بالمفهوم الإداري يترتب عليه اعتبارهم موظفين عموميين طبقا للقانون الجنائي، إذ إن كل من يُعد موظفاً عاماً طبقاً للمفهوم الإداري يُعد كذلك طبقاً للمفهوم الجنائي، ومن ثم فإن اعتبار الشخص موظفاً عاماً بالمفهوم السابق وهو المفهوم الجنائي الضيق، يترتب عليه خضوعه لجميع الأحكام المتعلقة بالموظف العام في جميع المسائل الجنائية دون استثناء[3]، وفي حالات أخرى يأخذ بالمفهوم الواسع للموظف العام، وما يعنينا هنا هو مدى تطبيق نظرية الموظف الفعلي في المجال الجنائي، أو بمعنى آخر إذا كان الموظف الفعلي-وإن لم يُعد موظفاً عاما بالمفهوم الإداري، إلا أن التصرفات التي تصدر عنه تعتبر صحيحة وملزمة في نظر القانون الإداري- فما هو الحكم الواجب بالنسبة لهذا الموظف فيما يتعلق بالمجال الجنائي؟.

ذلك أن الموظف الفعلي على النحو السابق قد يرتكب جريمة من جرائم الوظيفة العامة حال ممارسته لهذه الوظيفة، كما إذا حصل على رشوة أو اختلس أموال الجهة التي يعمل لحسابها، كما قد يقع عليه اعتداء حال مباشرته للوظيفة، فهل يتم اعتباره موظفاً عاماً، ومن ثم إخضاعه للأحكام الخاصة بهذا المصطلح في مثل هذه الحالات،

---

(1) انظر للمواد (110,109,108,107,106,106,105,104,103) .

(2) أنظر إلى المواد (119,119 مكرر).

(3) د . محمد حسنين عبدا لعال: الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص (18 وما بعدها) .

غير ذلك فإن الذي يقحم نفسه في شؤون الإدارة دون تعيينه لا يخضع لأحكام الموظف العام؛ لأن تصرفه منعدم وغير ملزم، وبالتالي فإنه لا يُثار المساس بنزاهة الوظيفة العامة من جهته؛ لانعدام صفة الموظف العام فيه[1].

ويذهب رأي آخر إلى تطبيق أحكام الموظف العام على الموظف الفعلي أياً كان سبب البطلان، فكل شخص يباشر أعباء الوظيفة يُعد موظفاً عاماً من وجهة نظر قانون العقوبات، مهما شاب تعيينه من عيوب، إذ إن ذلك هو ما يحفظ للوظيفة العامة الثقة التي ينبغي أن تتوافر فيها، أما من يدعى صفة الموظف العام دون أن تكون له أصلاً، فلا يخضع لأحكام الموظف العام[2]، ومفاد هذا الرأي أن صفة الموظف العام لا تسري على الموظف الفعلي إلا في الظروف العادية فقط.

في حين يرى فريق ثالث تطبيق أحكام الموظف العام على جميع حالات الموظف الفعلي سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية؛ أي حتى ولو لم يصدر بشأنه أي قرار بالتعيين في الوظيفة، استنادا إلى أن الأعمال الإدارية التي يُباشرها تُعد كالأعمال التي يُباشرها الموظف العام طبقاً لقواعد القانون الإداري[3].

ونرى أن الموظف الذي يصدر قرار بتعيينه في الوظيفة العامة، ثم يقوم بمباشرة مهامها رغم بطلان هذا القرار، أو عدم استيفاء بعض الإجراءات المقررة بشأنه، مثل هذا الشخص وإن كان لا يُعد موظفاً عاماً طبقاً للمفهوم الإداري، إلا أنه يُعد كذلك في

= د . عمر السعيد رمضان: قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977 هامش ص(13).

(1) د . أحمد رفعت خفاجي: جرائم الرشوة في التشريع المصري والمقارن، ر، د ط1 سنة 1957 ص (228).

د . نبيل مدحت سالم: قانون العقوبات القسم الخاص، 1981، ص (39,38) .

(2) د . حسن صادق المرصفاوي: قانون العقوبات القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975،ص(19).

د . إدوار غالي: مجموعة بحوث قانونية، الطبعة الأولى، 1978، ص (75).

(3) - E GARCON, code penal annòte tome1.1901 Op.Cit. 177 . N. 74

المفهوم الجنائي، والذي يعتمد على جوهر مباشرة النشاط الوظيفي دون الاهتمام بالشروط، أو الأوضاع التي يهتم بها القانون الإداري، ذلك أن مثل هذه الإجراءات الشكلية وإن كانت لازمة لصحة الأعمال التي يمارسها الموظف العام طبقا للقانون الإداري، إلا أنها ليست ضرورة كشرط لتقرير مسؤوليته الجنائية، إذا ما أخل بواجبات وظيفته[1]، فلا أهمية في المجال الجنائي لصحة أو بطلان قرار التعيين طالما أن هذا الشخص قد باشر الوظيفة العامة بناءً على سند قانوني ولو ظاهرياً، فبطلان التعيين بالعلاقة التنظيمية بين الموظف والإدارة وهو ما يخرج عن اهتمام المشرع الجنائي الذي يركز على مباشرة النشاط العام باسم الدولة ونيابة عنها[2]. خاصة وأن الموظف في هذه الحالة يُعد في هذه الحالة في حكم المكلف بخدمة عامة[3].

وعلـــى هـــذا الأساس فالعمدة الذي يمارس مهام عمله بعد فوزه في الانتخابات وصدور قرار بتعيينه يُعد موظفاً عاماً، حتى لو تم الطعن في هذا القرار وثبت فيما بعد أنـــه صـــدر بناءً على انتخابات مزورة، أو استناداً إلى مستندات تعيين مخالفة للحقيقة، وذلـــك حتى يتم تقرير بطلان هذا القرار فعلاً، وسواء كان هذا الشخص حسن النية، أو ســـيء النـــية؛ لأنـــه في هذه الحالة يباشر النشاط الوظيفي باسم الدولة ولحسابها، مما يســـتلزم مـــد الحماية للجمهور الذي تعامل بحسن نية مع هذا الموظف، والذي لا يمكن تكلـــيفه بالتحري عن صحة إجراءات توليته الوظيفة، ويسري هذا الحكم أياً كان العيب الذي لحق قرار التعيين، وأياً كان وجه بطلانه.

ومن ثم فإذا اختلس الموظف في مثل هذه الحالة أموالاً قام بتحصيلها من المواطنين المكلفين بالدفع له بسبب وظيفته التي يشغلها كما لو كان محصل ضرائب (جابي) فيجب إن تطبق عليه أحكام جريمة اختلاس المال العام، وليس السرقة، وهكذا

---

(1) د. آمـــال عـــثمان: مقـــال جـــريمة القذف، مجلة القانون والاقتصاد، مارس، 1968،العدد الأول،السنه38،(798).

(2) د. مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم الخاص 1984، دار النهضة العربية، ص(65).

(3) د . أحمد رفعت خفاجي: جرائم الرشوة، مرجع سابق، ص (228).

في بقية الجرائم، بل أن مثل هذا الشخص يكون أولى من غيره بالعقاب[1]، إذ إنه ليس من المقبول أن يفلت شخص من العقاب على الاختلاس أو الارتشاء بحجة أن قرار تعيينه صدر باطلاً طالما أنه قام فعلاً بمباشرة مهام الوظيفة العامة[2].

وكـل هـذا يـتوافر أيضـا في شأن الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، فالشـخص الـذي يتصـدى لمباشرة نشاط الدولة عند غياب السلطة الشرعية، ابتغاء المصلحة العامة في هذه الظروف، يحل محل تلك السلطة ويكون قيامه بالعمل في هذه الحالـة راجعاً إلى حالة الضرورة التي أملتها هذه الظروف، وبالتالي فهو في مـحافظته علـى المصـلحة العامـة ومشـاركته في تسيير مرافق الدولة إنما يعمل باسم الدولة ولحسـابها، في مواجهة المواطنين الذين يعاملونه كما لو كان السلطة الشرعية، ومن ثم ينبغـي أن تكفـل النزاهة لأعماله، وتعد حالة الضرورة في مثل هذه الحالات هي سند توليته لهذه الوظيفة، وذلك يكفي في مجال القانون الجنائي مع مباشرة نشاط وظيفي عام للدولة؛ لإسباغ صفة الموظف العام عليه، وإخضاعه لأحكامه.

وخلاصة القول: إننا نؤيد اعتبار الموظف الفعلي سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية بالمفهوم السابق بيانه موظفاً عاماً في تطبيق أحكام القانون الجنائي[3].

جـ. موقف المشرع الفرنسي:

إن حماية الموظف العام في فرنسا، تمثل مبدأ دستورياً، حيث نصت المادة(34) من الدسـتور الفرنسـي الحالي(دستور 1958)على أن "حماية الموظفين العموميين ينظمها

---

(1) د . حسن المرصفاوي: مرجع سابق، ص (19).

(2) د . حسـين مذكور: جريمة الرشوة في الفقه الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، 1984، ص(18).

(3) د . أدوار الذهبي: جرائم الموظفين في التشريع الليبي، الطبعة الأولى،1975، ص (16).

د. إسحاق إبراهيم: ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، جامعة القاهرة سنة،1974 ص(77).

د . حسين مذكور: مرجع سابق، ص (187).

القـــانون". ونـــرى بأنه لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد توسع في تعريف الموظـف العـــام في قانون العقوبات في المادة(177) بحيث شمل هذا المفهوم موظفي الشـــركات المؤممة والمصالح الموضوعة تحت رقابة الحكومة، وعلى هذا الأساس فإن اصطلاح "موظف عام" في جريمة الرشوة (177) ينبغي فهمه على أوسع معانيه ليشمل، لـــيس فقط الموظفين الذين يتمتعون بدرجة معينة من السلطة، بل أيضاً كل من له صفة الوكالـــة ســـواء بطريق الانتخاب أو بوساطة تفويض من السلطة التنفيذية، وكذلك كل مستخدمي المصالح العامة المختلفة[1]، وبصفة عامة كل شخص وضع في كادر التنظيم الإداري أو القضـــائي من الوزير حتى أقل درجة، وقد أكد القضاء الفرنسي هذا المعنى الواســـع للموظـــف العـــام صراحة في العديد من أحكامه[2].وقد كفل المشرع الفرنسي للموظـــف العـــام الحماية من خلال سنه للعديد من التشريعات الجزائية التي تجرم أي اعـــتداء يقـــع على الموظف العام من قبل أفراد المجتمع أثناء قيامه بممارسته لعمله أو بسبب تأديته له[3]، ويرى جانب من الفقه الفرنسي، أن المشرع الجزائي الفرنسي عندما قـــام بوضـــع التشريعات المختلفة من أجل حماية الموظف العام، فكان يهدف من وراء ذلـــك كفالـــة الاحترام الواجب لهم أثناء تأديتهم لوظائفهم؛ مما يؤدي بالتالي إلى قيامهم

---

(1) ينطبق نص المادة (177) عقوبات فرنسي بشأن الرشوة على مستخدمي الشركات المؤممة أو الرقابـــية كمستخدمي شركات المياه والغاز والكهرباء والبنوك ومناجم الفحم وغيرها من الشركات .أنظر

Rousselet (Marcel) et patin (Maurice) , Precis du Droit Penal Special, Librairie du Recueil Sirey ,Societe anonyne, paris 1950 ,P (66) .

(2) Dalloz code penal,1985-86, “Fonctionnaire public” P.(129) .

(3) انظر للمرسوم الصادر في4 فبراير سنة 1959 بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة بتنظيم هذه الحماية في المادة (10) منه.كذلك تناول المشرع الجزائي الفرنسي حماية الموظف العام = مـــن جرائم التعدي عليه (المواد233,232,231,230 من قانون العقوبات الفرنسي)، أو إهانته(305,224,223,222 من قانون العقوبات الفرنسي)، أو تعرضه للقذف والسب(المواد 31,30,29 من قانون الصحافة الفرنسي الصادر في1881)، أو مقاومته أثناء تأدية عمله أو بسببها(المادتين221,209 من قانون العقوبات الفرنسي).

بواجباتهم على أكمل وجه، فجاءت هذه الحماية ليست لشخص الموظف بل أتت للوظيفة العامـــة؛ لأن الاعـــتداء على الموظف العام لابد أن يؤدي إلى حدوث الخلل في العمل، وتعطـــيل ســـير المـــرافق العامة كما ينبغي لها أن تسير، ومن هنا كانت أهمية إضفاء الحماية الجزائية على من يمارس الوظيفة العامة[1].وهنا لابد من طرح التساؤل الآتي: هل يتمتع الموظف الفعلي بالحماية الجنائية المقررة للموظف العام؟ ونجيب عن ذلك من خلال موقف القضاء والفقه الفرنسي.

إضـــفاء القضاء الفرنسي الحماية الجزائية على الموظف الفعلي عندما كانت عدم شرعية شغله الوظيفة من الصعب على الغير الوقوف عليه كالعيب الشكلي، الأمر الذي يجعـــل الاعـــتداء علـــيه من شأنه الإضرار بالوظيفة العامة، فقد قضت إحدى المحاكم الفرنســـية بخضوع الشخص الذي قام بإهانة أحد الموظفين للمساءلة الجنائية وفقاً لنص المادة(224) الخاصة بعقاب كل من يعتدي على الموظف العام، وذلك رغم بطلان قرار تعييـــن الموظف لصدوره بالمخالفة للوائح التي تقتضي ألا يقل عمر من يتولى الوظيفة عن خمسة وعشرين عاماً[2].

وقضت محكمة فرنسية أخرى إلى إخضاع من تعدى على مساعد عمدة أحد الأقاليم للعقاب المنصوص عليه في المادة(222) والخاصة بالاعتداء على الموظف العام، رغم عدم توافر الصفة اللازمة للقيام بالأعمال التي قام بها، حيث قام بممارسة اختصاصات العمدة مع عدم وجود أي تفويض رسمي بذلك، وفي غير الأحوال التي يجيز القانون الحلول، طالما أن الأعمال التي قام بها كان من الممكن أن تدخل في اختصاصه[3].

وترى الدراسة أن القضاء الفرنسي قام بإضفاء الحماية الجنائية على الموظف الفعلي طالما كان من الصعب جدا على الغير معرفة عدم شرعية سند شغله للوظيفة سواء تعلق العيب بالشكل أو بالاختصاص وغيرها من العيوب التي يستحيل على

---

(1) - E GARCON, code penal annote tome1.1901 , Op.Cit. , p.(525) .

(2) مشار أليه د. مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق،ص(194).

(3) المرجع السابق.ص(194-195) .

الأفراد الوقوف عليه، ونتمنى على القضاء الأردني والمصري أن ينهج هذا النهج وسوف نستعرض الموقف الفقهي الفرنسي من هذه الحماية.

يرى البعض من الفقه الفرنسي أن إضفاء الحماية الجنائية على الموظف الفعلي يتوقف على الهدف من هذه الحماية، وبما أن النصوص التشريعية جاءت لحماية الوظيفة العامة، وليس القائم عليها إذن فلا يهم مدى صحة شغل الوظيفة، طالما كان الاعتداء الواقع على الموظف الفعلي من شأنه إلحاق الضرر بالوظيفة العامة، فالموظف الفعلي يتمتع بالحماية الجنائية الممنوحة للموظفين العموميين، وبما أن الهدف هو حماية الوظيفة العامة التي يشغلها الموظف وليس شخص الموظف، وكذلك يرى هذا الجانب أن حماية الموظف الفعلي تدور وجودا وعدما مع مدى علم الغير بصحة شغل الموظف للوظيفة، وهذا يعني إذا كان الغير لا يستطيع العلم بمدى صحة شغل هذه الوظيفة فالحماية الجنائية تكون شاملة للموظف الفعلي في مثل هذه الحالة، وعكس ذلك لا تشمله؛ لأن الاعتداء عليه في مثل هذه الحالة لا يشكل تهديداً للوظيفة العامة[1].

والبعض الآخر من الفقه يرى أن توافر حسن النية من جانب الموظف الفعلي بمعنى جهله بعدم شرعية شغله للوظيفة أمر مستقل عن فكرة الحماية الجنائية للوظيفة العامة، وذلك لأن هذه الحماية جاءت للوظيفة نفسها، وليس لشخص من يشغلها، ولذلك فلا عبرة بتوافر حسن نيته أو عدم توافره[2]، ونخلص إلى الفقه في فرنسا يتفق مع القضاء على خضوع الموظف الفعلي للحماية الجنائية الخاصة بالموظف العام.

ثانياً: مسؤولية الغير عن الجرائم المرتكبة ضد الموظف الفعلي

بينت الدراسة موقف التشريعات الجزائية من الحماية القانونية للموظف العام، وأن مختلف التشريعات الجزائية، قد اتفقت على وضع النصوص التشريعية اللازمة لحماية الموظف العام، أثناء قيامه بمهام وظيفته، فلا يجوز الاعتداء على الموظف العام أثناء تأديته لمهام وظيفته ولا الاعتداء عليه بسبب هذه الوظيفة، وأوضحت الدراسة بأن

---

(1) -T- ROUSSEAU-Op.Cit, P, (185).

(2) -T- ROUSSEAU, Op.Cit , P, (185) .

هذه الحماية جاءت في الأصل حماية للوظيفة العامة وليس للموظف، وما حماية الموظف العام إلا وسيلة لحماية هذه الوظيفة، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما مدى حق الأفراد في مقاومة الموظف الفعلي؟

ونرى قبل الإجابة عن ذلك أن نتعرف إلى مدى حق الأفراد في مقاومة الموظف العام فإذا أجازت التشريعات الجزائية لهؤلاء الأفراد بمقاومة الموظف العام سواء تمثل بالاعتداء عليه داخل مكان عمله، أو الاعتداء عليه أثناء قيامه بتنفيذ عمله الذي يتطلب العمل الميداني، ومن خلاله نتعرف إلى مدى حقهم بمقاومة الموظف الفعلي.

1. مدى حق الفرد في مقاومة تصرفات الموظف العام

لقد جاءت مختلف النصوص التشريعية الجزائية واضحة وصريحة، حول منع الاعتداء على الموظف العام أثناء قيامه بمهام وظيفته، ونستعرض هنا نصوص قوانين العقوبات لكل من الأردن، ومصر، وفرنسا.

أ. المشرع الجزائي الأردني:

حيث جاء في الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثاني حول الجرائم الواقعة على السلطة العامة(مقاومة الموظفين، أعمال الشدة، الذم والقدح والتحقير) فمنع بموجب هذه المواد[1]، أي اعتداء على الموظف العام أثناء تأديته لواجبه، أو أي اعتداء عليه بسبب وظيفته، وبما أن مشرعنا الجزائي الأردني لم يهدف من سنه لمختلف هذه التشريعات حماية الموظف العام، إضافة إلى تشديد العقاب الموقع على بعض الجرائم التي تقع على الموظف العام كالإهانة والتعدي وغيرها أن ينشأ امتيازاً شخصياً للموظف العام أو من في حكمه، وإنما أراد تحقيق احترام الوظيفة العامة، وضمان سير العمل الوظيفي وحماية الموظف العام باعتباره ممثلاً للدولة، فالمشرع الجزائي الأردني لم يُقر أي اعتداء على الموظف العام كما أوضحت الدراسة سابقاً، وأن هذه التشريعات جاءت لحماية الوظيفة أولاً للاعتبارات التي أوردناها، وبما أن القضاء الجزائي وبعض

---

(1) انظر إلى المواد رقم (1/185، 186، 187، 191) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960).

التشـــريعات الجزائية(1)، قد عدت الموظف الفعلي خاضعاً للحماية الجزائية كما لو كان موظفاً عاماً وذلك لكونه قد مارس فعلاً الوظيفة العامة، وبما أن الحماية جاءت للوظيفة العامـــة فنستطيع القول وبناءً على ما توصلنا إليه في هذه الدراسة بأن المشرع الأردني الجزائي قد شمل الموظف الفعلي بالحماية الجزائية التي منحها للموظف العام.

ب. المشرع الجزائي المصري:

لم يتعرض قانون العقوبات المصري لنظرية الموظف الفعلي، ومدى خضوع الموظـــف الفعلي لأحكام هذا القانون، بل جاءت بحماية خاصة للموظف العام، عندما يكـــون محـــلاً لجـــريمة أو اعـــتداء واقع على شخصه(2)، وهذه الحماية ذات طبيعة موضـــوعية، إذ إن مـــردّها ليس حماية شخص الموظف، وإنما حماية الوظيفة العامة ذاتهـــا، ذلك أن المشرع عندما يشدد العقاب على بعض الجرائم التي تقع اعتداءً على الموظـــف، لم يشأ أن يقرر امتيازاً شخصياً له، بل أراد تحقيق أهداف أكثر أهمية من مجـــرد حماية شخص هذا الموظف، وتتمثل تلك الأهداف في تمكين الموظف العام من تأديـــة واجـــبات وظيفـــته دون عوائق؛ ضماناً لحسن سير وانتظام المرافق العامة في الدولة من ناحية، مع تحقيق الاحترام اللازم للقائمين بالوظيفة العامة باعتبارهم ممثلين

---

(1) نصـــت المـــادة(14) من قانون العقوبات السوداني أن (عبارة الموظف العام تطبق عل كل شخص يشغل بالفعل منصب الموظف العام أياً كان العيب القانوني الذي يشوب حقه في هذا المنصب).

نصـــت المادة(129) من قانون العقوبات الجزائري أنه (تتحقق صفة الموظف عند اكتشاف الجريمة غير إن هذه الصفة تظل قائمة ولو بعد التوقف عن الوظيفة متى كانت قد ساهمت أو مكنت من إتمام الجريمة).

نصـــت المادة(107)من قانون العقوبات البحريني رقم(15)لسنة(1976) عن تحديده بصفة الموظـــف العام بأنه كل من عمل كموظف يعتبر انه موظفاً رغماً عن أي خلل قانوني في تعيينه أو تحويله.

(2) د. حسني الجدع: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، سنة 1983ص (258).

للسلطة العامة، وصولاً لكفالة الحماية والاحترام الواجبين لسلطة الدولة وهيبتها من ناحية أخرى[1]، وكل هذا يمنع الأفراد من التعرض للموظف العام، ومقاومة تصرفاته أثناء تأديته لوظيفته، أو بسببها، ولا بد من الإشارة هنا حول هذه النقطة، إلى اختلاف الفقه حول مدى حق الفرد في مقاومة تصرفات الموظف العام.

ذهب جانب من الفقه إلى تفضيل الأمن على العدالة، مما يعني وجوب منع مقاومة الموظف العام، وأن الموافقة على ذلك يعني هدم لسيادة القانون وانتشار الفوضى والعبث بأمن الدولة والذي يؤدي بالتالي إلى انهيار أهم أركان الدولة، وهي السيادة[2].

رأي آخر يرى إجازة مقاومة التصرفات الصادرة عن الموظف العام متى ما كانت مخالفة لأحكام القانون، وذلك على اعتبار أن طاعتها من شأنه القضاء على الحريات والضمانات الممنوحة للأفراد[3].

والرأي الراجح لا يطلق حق المقاومة للأفراد للموظف العام، وفي الوقت نفسه لا يصادر كله بصفة مطلقة، حيث يُميز بين التصرفات المخالفة للقانون، فيُتيح المقاومة في حالة ما تكون هذه المخالفة جسيمة وصارخة، ويمنعه في حالة المخالفة البسيطة[4]، لكن متى تكون المخالفة جسيمة؟.

يذهب رأي إلى الأخذ بمعيار الظاهر، وهي قرينة على مدى شرعية التصرفات الصادرة عن الموظف العام، فعندما يدل الظاهر على شرعية تلك التصرفات فلا يجوز

---

(1) د . احمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات"القسم الخاص " دار النهضة العربية 1985، ص (32)

(2) مشار أليه د. مجدي عزالدين يوسف: مرجع سابق، ص (201).

(3) -SANCON, la rebellion et la resistance aux actes illegaux de l' authorite, These paris, 1944,p. (88).

(4) د . محمد كامل ليله: نظرية التنفيذ المباشر. رسالة دكتوراه، سنة،1962، ص (622).

د . مصطفى كيره: نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، سنة 1964، ص (331).

مقاومتها، أما إذا كان من السهل التعرف إلى عدم شرعية هذه التصرفات عن طريق الظاهر، فيجوز للأفراد مقاومة القائمين عليها، والأمر يتوقف أولا وأخيرا على ما يتوافر من مظاهر الشرعية لذلك التصرف الصادر عن الموظف(1).

وننتهي إلى أنه لا يجوز للأفراد مقاومة الموظف العام متى كانت تدل المظاهر على شرعية قيامه بالعمل المكلف فيه.

ج. موقف المشرع الجزائي الفرنسي:

وكما أشارت الدراسة سابقاً فقد كفل المشرع الفرنسي للموظف العام الحماية من خلال سنه للعديد من التشريعات الجزائية التي تجرم أي اعتداء يقع على الموظف العام من قبل أفراد المجتمع أثناء قيامه بممارسته لعمله، أو بسبب تأديته له(2)، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن المشرع الجزائي الفرنسي عندما قام بوضع التشريعات المختلفة من أجل حماية الموظف؛ فكان يهدف من وراء ذلك كفالة الاحترام الواجب لهم أثناء تأديتهم لوظائفهم؛ مما يؤدي بالتالي إلى قيامهم بواجباتهم على أكمل وجه، فجاءت هذه الحماية ليست لشخص الموظف، بل أتت للوظيفة العامة؛ لأن الاعتداء على الموظف العام لابد أن يؤدي إلى حدوث الخلل في العمل وإلى تعطيل تسيير المرافق العامة كما ينبغي لها أن تسير، ومن هنا كانت أهمية إضفاء الحماية الجزائية على من يمارس الوظيفة العامة(3)، ولا يجوز للأفراد مقاومة الموظف العام أثناء قيامه بمهام وظيفته، أو بسببها، عندما تكون التصرفات الصادرة عنه مشروعة ومتطابقة مع أحكام القانون، ولا يختلف موقف المشرع الفرنسي عن المشرع المصري حول الحماية الجزائية للموظف العام ومدى حق الأفراد في مقاومة التصرفات الصادرة عنه.

---

(1) - M . WALINE , les rapports du droit administrative et du droit penal , cours de doctorat, 1948-1949,p,(50) .

(2) - E GARCON , Op.Cit, p.(525) no. 107.

(3) E GARCON , Op.Cit p.(525) no. 107.

ويرى الفقيه (WALINE) في مجال حق الأفراد في مقاومة الموظف العام إذْ يرى" وجوب الأخذ بفكرة الاعتداء المادي، معياراً للتفرقة بين المقاومة المعاقب عليها، والمقاومة المسموح بها، فإذا شكلت الأعمال الصادرة عن الموظف اعتداءً مادياً بالمعنى المعروف في القانون الإداري، جاز للأفراد مقاومة تلك الأعمال وعدم احترامها، أما إذا لم تبلغ عدم المشروعية ذلك القدر من الجسامة فيجب إطاعة تلك الأعمال والانصياع لها[1]، وتؤيد الدراسة هذا الرأي.

مدى حق الأفراد في مقاومة الموظف الفعلي

بعد أن بحثنا بالحماية الجزائية التي أسدلها المشرع الجزائي على الموظف العام، سواء تعلقت هذه الحماية بمنع الاعتداء عليه، أو بمنع مقاومته، إنما أتت في واقع الأمر حماية للوظيفة العامة وليست لشخص الموظف، وبما أنه لا يمكن أن يكون هنالك اعتداء على الوظيفة العامة بمعزل عن شاغلها، فلهذا فهي وسيلة لحماية هذه الوظيفة، أما مدى حق الأفراد في مقاومة الموظف الفعلي.

وفي هذا الخصوص نرى أن هذه الحماية الجزائية قد جاءت حماية للوظيفة العامة وليس للموظف العام، وبما أن الموظف الفعلي هو الشخص الذي يشغل الوظيفة دون توافر السند الصحيح مع توافر المظاهر التي توحي للغير بصحة شغله لهذه الوظيفة، فإن هذا يعني أن التصرفات الصادرة عنه يتوافر لها مظهر الشرعية، وبالتالي لا يحق للأفراد مقاومة تلك التصرفات، ذلك أن مقاومة التصرفات التي قد توافر فيها جميع مظاهر الشرعية ومطابقتها لأحكام القانون من شأنه الإضرار بالوظيفة العامة، وهو الأمر الذي تعمل جميع التشريعات الجزائية على تفاديه، ولهذا نجد أن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى تجريم المقاومة طالما كان هنالك سند يعتمد عليه الموظف في تصرفه، بغض النظر عن هذا السند سواء كان سليماً من الناحية القانونية أم لا[2].

---

(1) M . WALINE , les rapports du droit administrative et du droit penal, cours de doctorat, 1948-1949,p,(50) .

(2) د . محمد كامل ليله: مرجع سابق ص (598).

وفي نهاية استعراضنا لهذا الموضوع نخلص من كل ما تم ذكره سابقاً من خلال موقف التشريعات الجزائية المختلفة، وموقف القضاء والفقه أن الموظف الفعلي يتمتع بالحماية الجزائية التي تقررها للموظف العام، سواء تعلق الأمر بالتعدي الواقع على الموظف الفعلي أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً، فقد أوضحت الدراسة من خلال بحثها في الوظيفة العامة، والموظف العام والشروط الواجب توافرها فيه، انطلاقة إلى التعرف إلى نظرية الموظف الفعلي، حيث بينا المقصود بالموظف الفعلي، والفرق بينه وبين الموظف العام، ومنتحل الوظيفة، ومغتصبها، ومن ثم موقف التشريعات، والقضاء والفقه من هذه النظرية، وبعد ذلك تحدثنا عن نشأة هذه النظرية وتبين لنا من خلال ذلك أن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية منذ وقت بعيد، وأوضحنا أهم تطبيقات هذه النظرية في ظل شريعتنا الإسلامية السمحة، وكذلك تحدثنا عن نشأة هذه النظرية في التشريعات القديمة، ومنها: التشريعات الفرنسية، والرومانية، والشرائع الانجلو سكسونية.

وبعد ذلك أوضحت الدراسة أن دور القضاء في هذه النظرية كان في واقع الأمر أسلوبا مستحدثاً تجاوز فيه القضاء نطاق حركته المعترف له بها؛ ليباشر دوراً خلاقاً للقواعد القانونية، حيث يمارس الدور من خلال سد نقص تشريعي، أو تحت تفسير القانون، أو من خلال استنباط الحكم.

أوضحت الدراسة التطبيقات المتعددة لهذه النظرية، سواء في الظروف العادية والتي تتمثل في تطبيق انتفاء الصفة الوظيفية نتيجة بطلان التعيين أو الانتخاب، وتطبيق الاستمرار في شغل الوظيفة رغم انتهاء الرابطة الوظيفية، وتطبيق التفويض غير المشروع، وتطبيق بطلان قرار النقل.

وبينـت الدراســة ماهية الظروف الاستثنائية، وشروط تطبيق نظرية الموظف الفعلـي في الظروف الاستثنائية، وكذلك تطبيقات هذه النظرية في مثل هذه الظروف، والتـي تتمـثل في تطبيق المجلس الفعلي، وتطبيق قيادات العصيان، وتطبيق التفويض رغم عدم وجود نص تشريعي يجيزه، وتطبيق الموظف الفعلي الوحيد في المنطقة.

أوضـحت الدراســة أن الأســاس القانوني لنظرية الموظف الفعلي يختلف في الظـروف العاديــة عــنه في الظروف الاستثنائية، وبينا محاولة الفقه في تلمس أساس النظرية في الظروف العادية في النصوص التشريعية وقاعدة" الغلط الشائع يولد الحق" والاعتـبارات الفلسـفية والاجتماعـية، وفكرة المسؤولية، وانتهينا إلى استقلال نظرية الظاهر بذاتها شأنها في ذلك شأن غيرها من النظريات، باعتبار أنها تحمل بين جنباتها ما يجعلها نظرية قائمة بذاتها.

وكذلك بينا أساس هذه في الظروف الاستثنائية، حيث اتضح لنا ومن خلال هذه الدراسة أن أساسها هو مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وبينا شروط تطبيق هذه النظرية في ظل الظروف الاستثنائية.

ولقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن نظرية الموظف الفعلي في الأحوال التي تقـوم فـيها علــى ضرورة سير المرافق العامة قد أصبحت أمرا مسلماً به من جانب القضاء في الأردن، رغم قلة الأحكام القضائية في هذا التطبيق، في حين نجده مسلماً به من قبل القضاء والفقه المصري والفرنسي، حيث لم تعثر الدراسة على أي رأي يسعفها لموقف الفقه الأردني.

وإذا كــان هــذا المبدأ قد أتاح للأفراد التدخل في الوظيفة العامة دون توافر أي صــفة فــي الظروف الاستثنائية، ودون أن يؤدي ذلك إلى بطلان التصرفات الصادرة عـنهم أو انعدامهــا فــإن الجديد في الأمر أن هذا المبدأ لا يقتصر أثره على الظروف الاســتثنائية فقــط، ولكنه يمتد إلى الظروف العادية ليتيح استمرار الموظف في مباشرة وظيفــته بصــفة مؤقتة بناء على طلب الإدارة وبالمخالفة لأحكام القانون رغم انحلال

الـــرابطة الوظيفية بينه وبينها، طالما أن ذلك كان لازماً لسير مرافقها العامة، حيث يُعد الموظف في تلك الأحوال موظفاً فعلياً.

وتناولت الدراسة آثار نظرية الموظف الفعلي، حيث بينت أن هذه النظرية ورغم تعارضها مع مبدأ المشروعية، والأحكام القانونية التي يجب أن تتواءم مع الواقع الاجتماعي ومستلزمات الحياة الفعلية لكنها جاءت لتغطية ذلك الجمود لكونها تهدف أولا وأخيراً إلى تحقيق المصلحة العامة، ولو على حساب التضحية الجزئية بالتمسك الجامد بمباديء المشروعية المجردة.

وقـــد أوضحت الدراسة أن هذه النظرية لكي تؤدي الدور المطلوب منها لا بد أن تكـــون مرتهنة بقيود وضوابط تحد من الإفراط فيها، وهذه القيود والضوابط تتمثل في ضرورة توافر أركان لهذه النظرية، ومن هذه الأركان وجوب توافر ركن مادي مرتبط بصـــاحب المركـــز الظاهر، وركن معنوي مرتبط بمن يتعامل مع الموظف الفعلي أو الظاهـــر، ونقصـــد بالركن المادي قيام حالة واقعية تتوافر لها علامات خارجية يمكن إدراكهـــا بالحواس، وأن هذه الحالة الواقعية مخالفة للحقيقة، فالموظف الفعلي هو الذي تتوافر له مختلف المظاهر المادية التي توحي بصحة توليه للوظيفة على خلاف الحقيقة، ويشـــترط لذلـــك أن تـــتوافر الوظـــيفة ذاتها من الناحية القانونية، وضرورة ممارسة اختصاصاتها وعدم الخروج عليها.

وبينـــت الدراســـة أن الركـــن المعـــنوي يتطلـــب حسن نية الغير والغلط الشائع، والمقصود بحسن نية الغير هو جهله بما يشوب تصرف الموظف الفعلي أو الظاهر من أوجـــه عـــدم المشروعية التي ترجع إلى تخلف الصفة اللازمة، فيجب أن يتوافر للغير الاعتقاد بأنه يتعامل مع موظف عام، أما حُسن نية الموظف الفعلي نفسه أو الإدارة فإنها غـــير ذات أثر، وأما الغلط الشائع فيقصد به غلط الغير، والمبني على أسباب تسوغه، بحيث لا يمكن أن نلومه على الوقوع فيه، فهو غلط معقول ومحتمل بحيث يصعب عدم الانخداع به، فإذا توافر الغلط الشائع وحسن النية توافر الركن المعنوي الذي يشكل مع الركن المادي نظرية الموظف الفعلي أو الظاهر.

وقد بينت الدراسة المركز القانوني للموظف الفعلي، حيث أوضحت أن هذا الموظف يشغل مركزاً مختلفاً عن المركز القانوني للموظف العام، ولكنه في الوقت نفسه يختلف عن مركز مغتصب الوظيفة أو السلطة، فهو يشغل مركزاً وسطاً بين الموظف العام ومغتصب الوظيفة، وقد بينا من خلال دراستنا لعلاقة الموظف الفعلي بالإدارة من ناحية وعلاقته بالأفراد من ناحية أخرى، فهو في علاقته بالإدارة لا يتمتع بالحقوق المقررة لمن يمارس الوظيفة العامة، وهو في هذا يختلف عن الموظف العام، ولكنه رغم ذلك يمكن أن يحصل على مقابل ما قام به من أعمال استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب.

أما بالنسبة لعلاقة الموظف الفعلي بالإدارة وفيما يتعلق بالواجبات، فقد بينت الدراسة الواجبات المفروضة على الموظف العام، وأنها هي نفسها التي يخضع لها الموظف الفعلي أثناء ممارسته للوظيفة العامة، ومن ثم يخضع للقيود المفروضة نفسها على الموظف العام، ولا يجوز الدفع في ذلك بعدم تمتع الموظف الفعلي بحقوق الوظيفة العامة والموظف العام، حيث بينا أنه يجوز للموظف الفعلي أن يحصل على مقابل ما قام به من أعمال، وبالتالي فإن مركز الموظف الفعلي في هذا المجال متفق مع المركز القانوني للموظف العام.

وقد أوضحت الدراسة تمتع الموظف الفعلي بالحماية الجنائية التي قررتها التشريعات الجزائية الأردنية، وهي تلك التشريعات المقررة لحماية للموظف العام سواء تعلق الأمر بتجريم الاعتداء الواقع عليه، أو تعلقه بتجريم مقاومة التصرفات الصادرة منه؛ لأن هذه الحماية جاءت ليست لحماية شخص الموظف، ولكنها أتت حماية للوظيفة العامة نفسها، فهي بالتالي حماية غير مباشرة للموظف الفعلي قُصد منها في الأصل حماية الوظيفة العامة.

وقد بينت الدراسة أن التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة عن الموظف العام، سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية، فإذا سرق الموظف الفعلي ما بحوزته من مال أو معدات، نقول

عن هذا العمل اختلاس، ويطبق عليه ما يطبق على الموظف العام في مثل هذه الحالة، وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج منها:

أولا: إن نظــرية الموظف الفعلي هي إحدى النظريات الإدارية المهمة، فهي تعمل على إضــفاء المــرونة علــى التشريعات الجامدة؛ للتغلب على جمودها وعجزها عن ملاحقة التطورات الاجتماعية، حتى يمكنها مواكبة متطلبات العصر والملاءمة مع متغيراته السريعة، مثلها مثل نظرية الظروف الاستثنائية وإعمال السيادة وغيرها من النظريات الإدارية الهامة.

ثانــياً: إن نظــرية الموظــف الفعلــي لا تهــدد النظام القانوني أو تساعد على إهدار المشروعية طالما أن السبيل الوحيد لتطبيق هذه النظرية هو القضاء الذي يقع على عاتقــه وضــع الحلول العادلة للمنازعات الواقعية المعقدة التي تضع أمامه حقائق الحــياة العملــية، وتلــزمه بأن يواجهها بعلاج سريع وحازم يتلاءم مع ظروفها وصورها المختلفة.

ثالــثاً: نســتطيع القول: إن الموظف الفعلي هو: كل شخص يشغل الوظيفة العامة دون توافر الصفة اللازمة، سواء تعلق ذلك ببطلان سند شغله للوظيفة العامة، أو انتهاء أثره القانوني، أو لعدم وجود أصلاً .

رابعــاً: إن الموظــف الفعلي بالمعنى الذي سبق الإشارة إليه لا يختلف عن المغتصب ســوى فــي ضــرورة توافــر الظاهر أو الظروف الاستثنائية التي تحيط بشغله للوظيفة.

خامســاً: إن نظــرية الموظف الفعلي قد أصبحت أمرا مسلماً به في الحالات التي تقوم فــيها علــى ضرورة سير المرافق العامة، سواء كان ذلك على صعيد القضاء أو الفقه.

خامساً: إن الموظف الفعلي يتمتع بالحماية الجزائية التي يتمتع بها الموظف العام، وذلك بــتجريم الاعــتداء عليه، وعدم مقاومة التصرفات الصادرة عنه، وذلك لأن هذه الحماية جاءت في الأصل للوظيفة العامة، وليس لشخص الموظف نفسه.

سادساً: يترتب على التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي ما يترتب على التصرفات الصادرة عن الموظف العام، سواء كان ذلك في الظروف العادية، أوفي الظروف الاستثنائية .

سابعاً : لقد اعترف القضاء الأردني بالتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي، في الظروف الاستثنائية وفي الظروف العادية، وذلك من خلال الأحكام الصادرة عنه.

هذه هي أهم النتائج التي توصلنا إليها من دراستنا لموضوع نظرية الموظف الفعلي.

وأخيراً، أرجو أن أكون قد وفقت في بحث هذا الموضوع، وأن أكون قد أضفت عملاً نافعاً، وجهداً متواضعاً، إلى جهود من سبقونا في هذا المضمار، ويستحضرني قول الأصفهاني حين قال حين قال" إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جُملة البشر".

التوصيات

1. اعتماد نظرية الموظف الفعلي، من خلال إيجاد نص قانوني واضح وصريح، وذلك لكثرة تطبيقاتها في مجال الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية.
2. إن يكون هناك نص قانوني في قانون العقوبات الأردني يُضفي من خلاله الحماية الجزائية على الموظف الفعلي أثناء ممارسته للوظيفة العامة، بما أن الحماية جاءت للوظيفة وليس للموظف.
3. إعادة تشكيل هيكلة القضاء الإداري في الأردن لمواكبة التطورات التي تحدث، وذلك من خلال إيجاد درجات قضائية إدارية متعددة على غرار الموجود في جمهورية مصر العربية، وذلك من أجل إعطاء ثقة أكبر للموظفين بالقضاء الإداري الأردني عندما يلجؤن إليه.

4. إيجـــاد مدونة تشريعية إدارية تحكم الوظيفة العامة بشكل عام في الدولة، تخضع لها جميع الوزارات والمؤسسات في المملكة الأردنية الهاشمية.
5. إيجاد نص واضح وصريح يتم بموجبه تعريف الموظف العام، واعتماده من قبل جميع التشريعات الأردنية.
6. تشـــجيع الباحثيـــن في مجال القانون الإداري في الأردني، وذلك من خلال أيفاد أكـــبر عـــدد ممكـــن من طلبة الدراسات العليا لإكمال دراساتهم العليا في مجال القانون الإداري، وذلك لمعالجة النقص الحاصل الآن.

المراجع

أ. المراجع العربية

إبراهيم، إسحاق، (1974)، **ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات**، جامعة القاهرة.

أبن عبدالسلام، (د. ت)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، مطبعة المكتبة التجارية. الجزء الأول

أبو راس، محمد الشافعي، (د. ت)، **القضاء الإداري**، دون دار نشر، طبعة سنة 1980.

أبو زيد، محمد عبد الحمبد، (1975)، **دوام سير المرافق العامة**، جامعة القاهرة.

أبو زيد، محمد عبدالحميد، (1977)، **أثر التفويض في الإصلاح الإداري**، دراسة مقارنة.

أبو زيد، محمد عبدالحميد، (1985)، **القضاء الإداري**، دراسة مقارنه، ج1، دار الثقافة العربية، القاهرة.

أبو زيد، محمد عبدالحميد، (1999)، **المرجع في القانون الإداري**، دار النهضة العربية.

أبو زيد، مصطفى، (1957)، **الوجيز في القانون الإداري**، الجزء الأول، دون دار نشر.

أبو زيد، مصطفى، (1967)، **القضاء الإداري**، دون دار نشر.

أبو زيد، مصطفى، (د.ت)، **القضاء الإداري ومجلس الدولة**، طبعة سنة 1958، دون دار نشر.

أبو زيد،محمد، (1999)، **المرجع في القانون الإداري**، دار النهضة العربية.

بدوي، ثروة، (د. ت)، **القانون الإداري**، المجلد الثاني، طبعة 1984، دون دار نشر.

بطارسه، سليم، (1997)، **نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية**، المكتبة الوطنية، الأردن، ط1.

بنهام، رمسيس، (1958)، **شرح قانون العقوبات**، القسم الخاص، منشأة المعارف، ط1.

البهوتـــي، (1974)، **شــرح منــتهى الإيرادات**، مطبعة أنصار السنة المحمدية، الجزء الثالث.

البهوتـــي، (د. ت)، **كشــف القــناع عن معنى الإقناع**، مطبعة مكتبة النصر الرياض، الجزء الثالث.

البيه، محسن عبد الحميد، (1993)، **نظرية الوارث الظاهر**، دراسة تحليلية تأصيلية في القانونين المصري والكويتي، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

الجدع، حسني، (1983)، **رضاء المجني عليه وآثاره القانونية**، دراسة مقارنة.

الجرف، طعيمه، (1985)، **القانون الإداري**، دار النهضة العربية.

الجمال، احمد عبد القادر، (1955)، **القانون الإداري المصري والمقارن**، دون دار نشر.

الجمـــال، عـــبد القادر، (د. ت)، **مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن**، دون نشر ودار نشر.

الجمل، محمد حامد، **الموظف العام فقها وقضاء**، ج1، دار الفكر الحديث للطبع.

جـــيره، عبد المنعم عبد العظيم، (د. ت)، **آثار حكم الإلغاء** "دراسة مقارنه" جامعة عين شمس، طبعة سنة 1.

حافظ، محمود، (1979)، **القضاء الإداري**، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية.

حســـني، محمـــد نجيب، (1977)، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، ط10، دون دار نشر.

حسني، محمود نجيب، (1972)، **القسم الخاص، قانون العقوبات**، دون دار نشر.

حشـــيش، عبد الحميد، (1977)، **دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

حلمي، محمود، (1964)، نهاية القرار الإداري، **مجلة قضايا الحكومة**، العدد السادس.

الحلـــو، مـــاجد راغب، (1980)، نظرية الظاهر في القانون الإداري، **مجلة الحقوق**، الكويت، ألسنه الرابعة، العدد الأول.

الحلو، ماجد راغب، (1994)، **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية.

خفاجي، أحمد رفعت، (1957)، **جرائم الرشوة في التشريع المصري والمقارن**، ط1، مكتبة النهضة المصرية.

خلف الله، احمد، (1992)، **الموظف العام في قانون العقوبات المصري**، مكتب الشرق، الزقازيق،.

خليل، عبد القادر، (1964)، **سحب القرارات الإدارية**.

خليل، عثمان، (د. ت)، **القانون الإداري**، الطبعة الرابعة سنة 1960.القاهرة دون دار نشر..

خليل، محسن، (د. ت)، **القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة**، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.

خليل، نعمان محمد، (1977)، **أركان الظاهر كمصدر للحق**، طبعة، دون دار النشر.

داير، عبد الفتاح ساير، (1959)، الحكومة الفعليه، **مجلة القانون والاقتصاد**، العدد الثالث.

درويش، إبراهيم، (1998)، **نظرية الظروف الاستثنائية**، طبعة، دار الإسراء للنشر والتوزيع.

رأفت، وحيد، (1939)، **القانون الإداري**، دون دار نشر.

رسلان، أنور، (1983)، **نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام**، دار النهضة العربية.

رشدي، مراد، (1976)، **النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي**، جامعة القاهرة.

رمضان، عمر السعيد، (1986)، **شرح قانون العقوبات – القسم الخاص-**، دار النهضة العربية، القاهرة.

سالم، نبيل مدحت، (1981)، **قانون العقوبات القسم الخاص**، دون دار نشر.

سرور، احمد فتحي،(1985)، **الوسيط في شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"**، ط3، دار النهضة العربية.

سلامة، مأمون محمد، (1981)، **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص**، دار الفكر العربي.

سلامة، مأمون محمد، (1984)، **قانون العقوبات**، القسم الخاص، ، دار النهضة العربية.

سلامه، مأمون محمد، (1964)، جرائم الموظفين ضد الإدارة، **مجلة القانون والاقتصاد**، جامعة القاهرة، العدد الأول والسنة التاسعة والثلاثون.

السناري، محمد عبد العال، (1981)، **نفاذ القرارات الإدارية**.

السناري، محمد عبدالعال، (د. ت)، **نظم وأحكام الوظيفة العامة**، القاهرة.

الشاعر، رمزي طه، (1968)، **تدرج البطلان في القرارات الإدارية**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية

الشاعر، رمزي، (1958)، **تدرج البطلان في القرارات الإدارية**، دراسة مقارنه.

شحاته، توفيق، (1955)، **مبادئ القانون الإداري**، ج1، دار النشر للجامعات المصرية.

الشربيني، محمود، (1986)، "الوظيفة العامة"، **مجلة المحاماة**، السنة السادسة والستون، العددان الثالث والرابع.

الشرقاوي، سعاد، (د. ت)، **القانون الإداري**، طبعة سنة1983، دون دار نشر.

شطناوي، علي خطار، (2004)، **موسوعة القضاء الإداري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

شطناوي، علي خطار، (د. ت)، **مجلة مؤتة للبحوث والدراسات**، المجلد السابع، العدد الثاني، تشرين أول 1992، بعنوان تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن دراسة مقارنه.

شطناوي، علي خطار، (1994)، **مبادئ القانون الإداري الوظيفة العامة**، ك3، مؤسسة وائل للنسخ السريع.

شطناوي، علي خطار، (1996)، **مبادئ القانون الإداري الأردني**، ك2، مطبعة الجامعة الأردنية.

شطناوي، علي خطار، (2003)، **الوجيز في القانون الإداري**، دار وائل للنشر، ط1.

شطناوي، علي خطار، (2004)، **موسوعة القضاء الإداري**، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

شعبان، زكي الدين، (1969)، **الإحكام الشرعية للأصول الشخصية**، دون دار نشر.

شيحا، إبراهيم عبد العزيز، (د. ت)، **مبادئ القانون الإداري اللبناني**، الدار الجامعية للطباعة والنشر.

صالح، ضياء الدين، (1969)، مقالة الوظيفة العامة، **مجلة مجلس الدولة**.

الصروخ، مليكة، (1992)، **نظرية المرافق العامة**، دراسة مقارنة، ط2، دون دار نشر

صلاح، محمد، (2002)، **نظرية الظاهر في القانون المدني**، جامعة القاهرة، دار الفكر العربي القاهرة.

الطماوى، سليمان محمد، (1966)، **مبادئ القانون الإداري**، دراسة مقارنة.

الطماوى، سليمان، (1961)، **القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة**، دراسة مقارنه، دار الفكر العربية.

الطماوى، سليمان، (1979)، **الوجيز في القانون الإداري**، مطبعة جامعة عين شمس.

الطماوى، سليمان، (د. ت)، **إلقانون الإداري**، دون دار نشر، طبعة سنة 1984.

الطماوى، سليمان، (د. ت)، **القضاء الإداري** " قضاء التأديب، الكتاب الثاني" دون دار نشر، طبعة 1979.

الطماوى، سليمان، (د. ت)، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، دراسة مقارنة، دون دار نشر، سنة 1984، الطبعة الخامسة.

الظاهر، خالد خليل، (1998)، **القانون الإداري**، دراسة مقارنه، ك1، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

عبد الباسط، محمد، (1999)، **القانون الإداري**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي .

عبدا لعال، محمد حسنين، (1974)، **الوظيفة العامة**، دار النهضة.

عبدالستار، فوزيه، (2000)، **شرح قانون العقوبات المصري**، دار النهضة العربية.

عــبدالله، عمــر، (1963)، **أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية**، دون دار نشر.

العتوم، منصور، (1984)، **المسؤولية التأديبية للموظف العام**، جامعة دمشق.

عثمان، آمال، (د. ت)، مقال جريمة القذف، **مجلة القانون والاقتصاد**، مارس، 1968، العدد الأول، السنه38.

العســقلاني، أبــن حجــر، (1357هــ)، **سبل الإسلام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، مطبعة الاستقامة، الجزء الثالث.

عصفور، سعد، (د. ت)، **القضاء الإداري**.

ألعطار، فؤاد، (1970)، **مبادئ القانون الإداري**، الجزء الثاني، دون دار نشر.

العطار، فؤاد، (د. ت)، **القضاء الإداري**، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1966.

عطيه، نعيم، (1968)، انتهاء الخدمة ببلوغ السن القانونية، **مجلة العلوم الإدارية**، العدد الأول.

غالي، أدوار، (1975)، **جرائم الموظفين في التشريع الليبي**، دون دار نشر.

غالي، أدوار، (1978)، **مجموعة بحوث قانونية**، الطبعة الأولى، دون دار نشر.

الغويري، احمد عوده، (1989)، **قضاء الإلغاء في الأردن**، مطابع الدستور التجارية الطبعة الأولى.

القباني، بكر، (د. ت)، **القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

كنعان، نواف، (2003)، **القانون الإداري، الكتاب الثاني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

كيره، مصطفى، (1964)، **نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري**، جامعة القاهرة.

ليلة، محمد كامل، (1967)، **الرقابة على أعمال الإدارة**، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة.

ليله، محمد كامل، (1962)، **نظرية التنفيذ المباشر**.

متولي، عبد الحميد، (1938)، **القانون الإداري**، دون دار نشر.

محارب، علي جمعه، (د. ت)، **التأديب في الوظيفة العامة**، دراسة مقارنه.

محفــوظ، عبدالمــنعم، (1980)، **الوســيط في القانون الإداري الكتاب الثاني**، الطبعة الأولى، القاهرة.

مدكور، حسين، (1984)، **جريمة الرشوة في الفقه الإسلامي**.

المرصفاوي، حسن صادق، (1975)، **قانون العقوبات القسم الخاص**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

مسلمي، عاطف نصر، (د. ت)، **نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري**، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس.

مصــطفى، محمود محمود، (1982)، **شرح قانون العقوبات، القسم العام**، ط10، دون دار نشر.

المقــاطع، محمــد عبد المحسن، (1997)، " نظرية الموظف الفعلي دراسة في القضاء والفقــه في النظام ألانجلو سكسوني" **مجلة الحقوق**، جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني.

الملط، محمد جودت، (1967)، **المسؤولية التأديبية للموظف العام**، جامعة القاهرة.

مهنا، محمد فؤاد، (1967)، **سياسة الوظائف العامة وتطبيقاتها في ضوء علم التنظيم الإداري**، ط1.

المولى، محمد إبراهيم، (1979)، **نظرية التفويض الإداري**، دون دار نشر.

النجار، زكي محمد، (1981)، **نظرية البطلان في العقود الإدارية**.

نعمــان محمد خليل جمعه، (1977)، **أركان الظاهر كمصدر للحق "التنازع بين القانون والواقع المستقر"** معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية.

يوسف، مجدي عز الدين، (1988)، **الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي**، جامعة عين شمس.

يوسف، مجدي عز الدين، (د. ت)، **المراكز الظاهرة والفعلية في القانون الإداري**.

ب. المراجع الأجنبية:

A . Constantineau (1983)"**The De Facto Doctrine**", New Zealand Law Journal Brookfield –.

A- PLANTEY،(1971) **Traite pratique de function publique**, 3 eme ed.,T. 1.

A. CALOGEROPOULOUS,(1975) Le **controle de La lagalite externe des actes administrative unilateraux**, These, Paris .

A. de Laubadere :" **IL Faut qu LL ait pour effet de liu faire occupier de faction permanente un employ . permamet**". A. Plantey : No 50, Op . cit N 17

Albert Contantineau (1910) (**De Facto Doctrine**) Institute of Advance legal Studies New York.

B – GENY, (1930)**essai d'une Theorie generale de la collaboration des administer avec L'administration en dehores de leur rapport contractuels** , These NANCY.

BEUDANT : (1936)**Cours de Droit Civil Franais.**

BLANCHE, **etudes pratique sur Le code penal**, 2 eme.ed 1888, Tome Iv, 481.

BONNARD ® : (1943) **précis de droit administrative**, paris.

De Laubade're: (1953)**Traite' e'le'm . de dr adm .**

DE . LAUBADERE, (1973)**Traite de droit administrative**, sixeme edition.

De laubadere: (1984)**Traite elem . de. adm. Paris .**

DE. SOTO, (1941)**contribution a` la Theorie des nullities des actes adminisretifs unilateraux**, These paris.

DEMOGUE : (1911)**Notions fondamentales de Droit Prive.**

E – WOLF,(1952) **La validite des actes d'un gouvernement defait**, R.D.P.

E . JOUVE, **recherches sur La notion d` apparence en droit administrative francais.**

E GARCON, **code penal annote**, 1901- 1906, T .2,.

E- JUOVE,(1968) **recherches sur la notion d'apparence en droit administrative francais, precite'** R,D,P .

EISENMANN,(C)(1983): **cour de droit administrative** ,Paris.

EMMANUEL LEVY,(1947) **La confiance legitime Rev.** Trim de Dr. Civ.

F - WODIE,(1969e) **I inexistence des actes juridiques unilateraux en droit adminisrtatif francais precit'** A.J.D.A,

G – JEZE , **Les principes genereux du Droit Administratif** , precite .

G . JEZE, **essai d'une The'orie ge'neral de fonctionnaire de fait** , pre'cite'.

G . TEYTAUD, **de I usurpation de pouvoir en droit s**

G . VEDEL ,(1976) **droit administrative.**

G- VEDEL,(1968) **Droit Administratif** , 4eme ed .

G-JEZE: "**Les prin. Gener. dud r. adm.3 e'ed**, Tom LL. Nezard"op.cit.".
H – MAZEAUD,(1924) **La maxime error communis facit jus**, Rev. Trim Dr . Civ .
Harry Campbell Black (1979) " **Black's Law Dictionary**" 5th Edition.
J- MOREOU, **Dommages resultant des diverses faute de l'administration**, J.C.A., fasc, 721 .
J. RIVERO :(1983), **droit adminstratif** .
J.M . BOLLE,(1975) **le principe de continuite'** des services publics, The'se. paris.
JJD. SOTO,(1941)**contribution a la theorie des nullities des actes administrative unilateraux**, these.
L – RICHER,(1976) **Recherches sur la faut dans la contentieux administrative de la responsabilite**, These paris.
L' actualite **juridigue du dvoit administrative.**
La Reuile du Conseil d- Etat.
M – WALIN, **précis de Droit Administratif** , precite ,.
M . Gamal Eldine ZAKI, Th. Prec.,p.(98) **CALAIS-AULOY**, these precite, n.23.
M . WALINE ,(1948-1949) **les rapports du droit administrative et du droit penal**, cours de doctorat.
M- WALINE dr .(1949) adm. 9e ed p.633. C.E 5Mars 1948 "D".
MARTINE (G) (1967)**et RAYNAYD: Droit Civil T**, I, lespersonnes.
ODENT ,(1981) **contentieux adminustratif** .
Paul Duez et Debeyre: (1952)**Iraite de droit administrstif.**, Dalloz., Paris..
Paul J. Dellasega"**QUO Warranto**" **Pennsylvania** "Standards and New Developments .
R. CHAPUS ,(1982) **droit du contentieux administrstif.**
R. ODENT, **Contentieux Administratif** , precite.
R. PETETIN, (1966)**La nature juridique de L'apparence**, these precitee, Paris.
R.M. DEMOGUE,(1908) **Obligations et Contrats Speciaux** ,Rev .Trim Dr.Civ.
Rolland : (1953) **Precis de droit** . adm .
ROUSSEAU ,(1914) **essai d , une theorie de la function des fonctionnaires de fait** , PARIS.
SANCON,(1944) **la rebellion et la resistance aux actes illegaux de l'** authorite, These paris.
Serg (S) et Savignac (j-C): (1976) **Fonction Publique.**, Dalloz., Paris..
SPACH,(1936) Les suits de I **'annulation d'une nomination**, J D 'une promotion , revocation ou mise a' la retraite', Th'ese paris.

The De Facto Officer Doctrine" Columbia Law Review Vol. 113, 1963, New York,.

THERSINE,(1981) **la nomination des agents public en droit francais,** the'se , PARIS.

VALABREGUE,(1880) **De La maxime "error communis facit jus",** Critique.

VEDEL et . **DELVOLVE** , OP . Cit. .

Voir : (1912) **L. LEDOUX, Essai d`une theorie sur la function de fait,** revue g`enerale d`administration.

Voir: (1964) **L, NAUROIS, A propose de l` erreur commune**, Revue de droit canonique .

Voir: J. CALAIS – AULOY,(1959) **Essai sur la notion *HAURIOU** . droit administrative, 7 eme. 'ed., 1911. **d'apparence en droit commercial,** L.G.D.J.,Paris,.

WEIL,(1952) **les consequences des annulation d'une** acte administrative pour exces de pouvoir, PARIS.